العقد الإداري الإلكتروني

الدكتورة/ صفاء فتوح جمعة

دكتوراه في الحقوق – جامعة المنصورة
عضو هيئة تدريس بجامعة فان هولندا
للتعليم المفتوح والتعليم الإلكتروني

دار الفكر والقانون
المنصورة
ت : ٠٥٠/٢٢٣٦٢٨١ محمول : ٠١٠٠٦٠٥٧٧٦٨

العقد الإداري الالكتروني

الدكتورة

صفـــاء فتـــوح جمعـــة

دكتوراه في الحقوق – جامعة المنصورة

عضو هيئة تدريس بجامعة فان هولندا

للتعليـم المفتـــوح والتعليـم الإلكتروني

٢٠١٤

دار الفكر والقانون

المنصورة

ت : ٠٥٠/٢٢٣٦٢٨١

محمول: ٠١٠٠٦٠٥٧٧٦٨

اسم الكتاب : العقد الإداري الالكتروني

اسم المؤلف : صفاء فتوح جمعة

الطبعة الأولى

سنة الطبع : ٢٠١٤

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية : ١٦٥٢٣

الترقيم الدولي: 978-977-6253-99-5

الناشر : دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع

١ ش الجلاء أمام بوابة الجامعة برج آية

تليفكس : ٠٠٢٠٥٠٢٢٢٥٦٧١ تليفون : ٠٥٠٢٢٣٦٢٨١

محمول ٠٠٢٠١٠٠٦٠٥٧٧٦٨

dar.elfker@Hotmial.com

المحامي / أحمد محمد أحمد سيد أحمد

مقدمة

لم تترك ثورة المعلومات والاتصالات والتكنولوجيا مجالا من مجالات الحياة، إلا وقد طرقت بابه، ومن أحد أهم هذه المجالات، العقود الإدارية، حيث أصبحت هذه الأخيرة تبرم عبر شبكة المعلومات الدولية- التي هي أحدى وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة-، دون أن يتكلف أصحابها تكلفة الانتقال من مكان إلى مكان لإتمامها.

وتسبب ظهور هذه العقود الإدارية الإلكترونية، إلى إيجاد نظام قانوني خاص بها، لأن النظام القانوني للعقود الإدارية التقليدية لا يلبي كافة جوانب هذه العقود الإدارية الجديدة، وترتيبا على ذلك قام المشرع الفرنسي بالنص على إجراءات إبرام العقود الإدارية الإلكترونية من خلال المادة ٥٦ من قانون العقود الإدارية [١].

---

(١)L'article "56" du Décret No 2004 -15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publiques disposé à « Le règlement de la consultation, la lettre de consultation, le cahier des charges, les documents et le renseignement complémentaire peuvent être mis être mis à disposition des entreprises par voie électronique dans des conditions fixées par décret, Néanmoins, au cas où ces dernières le demandent, ces documents leur sont transmis par voie postale »

Sauf disposition contraire prévue dans l'avis de publicité, les candidatures et les offres peuvent également être communiquées à la personne publique par voie électronique, dans des conditions dèfinies par décret, Aucun avis ne pourra comporter d'interdiction à compter du 1 er janvier 2005.

Un décret précise les conditions dans lesquelles des enchères électroniques peuvent être organisées pour l'achat de fournitures courantes.

Les dispositions du présent code qui font référence à des écrits ne font pas obstacle au remplacement de deux ci- par un support ou un échange électronique.

تتضمن المادة ٥٦ من هذا المرسوم " أن كل المكاتبات والخطابات الخاصة بجلسات المناقصات والمزايدات وما يرتبط بها، مثل كراسة الشروط وغيرها، ممكن أن تتم عبر الوسائط الإلكترونية، =

ويلتزم أطراف العقد الإداري بأسس عامة في تنفيذهم لهذا العقد سواء تم بطريقة تقليدية أو تم بطريقة من طرق وسائل الاتصال الإلكترونية، إلا أن هذه الأسس تتمتع بخصوصية في إطار العقود الإدارية الإلكترونية.

ولم يجد أطراف العقد الإداري المبرم عبر شبكة المعلومات الدولية أو غيرها من الوسائل الإلكترونية الأخرى، الملاذ في طريق القضاء، لحل منازعاتهم الناشئة عن هذه العقود، مما نحى بهم إلى طريق التحكيم كوسيلة من وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية الإلكترونية.

موضوع البحث:

يشمل موضوع البحث دراسة ماهية العقد الإلكتروني من حيث التعريف به، ومعاييره، وأركانه، وإبرامه، وكيفية إثباته، بالإضافة إلى أن هذا البحث سوف يتناول الأسس العامة التي تحكم التزامات أطراف العقد الإداري الإلكتروني، من حيث فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري، والتزام المتعاقد مع الإدارة باحترام مدة تنفيذالعقد، والتزام المتعاقد بالخضوع لرقابة جهة الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، وأيضا حق المتعاقد في أن تحترم جهة الإدارة التزاماتها التعاقدية تجاهه، وحق المتعاقد في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري واعادته إلى حالته الطبيعية كلما حدث اختلال فيه، نتيجة

=

وذلك في إطار الشروط التي وضعها هذا المرسوم، وذلك في حالة إذا ما طلب أصحاب المشروعات أو رجال الأعمال اللذين لهم صلة بهذه المزايدة أو تلك المناقصة ذلك، وإلا يتم إرسال هذه الوثائق عن طريق البريد العادي"، وأضافت هذه المادة أيضا أن طلبات الترشيح والعروض الخاصة بالمناقصات والمزايدات ممكن أن ترسل أيضا عن طريق الوسائط الإلكترونية، وذلك فيما لا يخالف ما نص عليه المرسوم بخصوص الاعلان عن تلك المناقصات وهذه المزايدات"، وهذا المرسوم أيضا حدد الشروط الخاصة بالمزايدات الإلكترونية التي ممكن أن تقدم عن طريق مقدم المشتريات الموجود على شبكة المعلومات الدولية، وأن النصوص الموجودة في هذا المرسوم لا تضع عائقا أو قيد على كتابة أي وثائق أو مستندات متعلقة بالمناقصات أو المزايدات على الدعائم الإلكترونية.

الظروف المختلفة إلتي قد تصادف تنفيذالعقد الإداري، كما سيتعرض هذا البحث إلى دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية الداخلية منها والدولية، وموقف الفقه والقضاء من سلوك طريق التحكيم لتسوية منازعات هذه العقود، وتطبيقات عملية للتحكيم في بعض العقود الإدارية الدولية والداخلية.

منهج البحث:

تتحقق غايات البحث ، باتباع المنهج التحليلي المقارن، حيث تعتمد الدراسة في هذا البحث على تحليل النصوص القانونية الخاصة بالموضوع، ومقارنتها بإبرام هذه العقود طبقا للتوجيهات الأوروبية ، والقانون الفرنسي، والقانون المصري.

خطة البحث:

وبناء على ما تقدم سيتم تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة فصول على النحو التالي:

الفصل التمهيدي: ماهية العقد الإداري الإلكتروني

الفصل الأول: الأسس العامة لالتزامات أطراف العقد الإداري الإلكتروني

الفصل الثاني: التحكيم وتسوية منازعات العقود الإدارية الإلكترونية

الفصل التمهيدي
ماهية العقد الإداري الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

يقتضي التعرض لماهية العقد الإداري الإلكتروني إلى بحث كثير من العناصر، منها التعريف بهذه العقود، ومعاييرها، وأركانها، وكيفية إبرامها، وإثباتها، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: التعريف بالعقد الإداري الإلكتروني ومعاييره

المبحث الثاني: أركان العقد الإداري والقرار الإداري المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية

المبحث الثالث :انعقاد العقد الإداري الإلكتروني

المبحث الرابع: إثبات العقد الإداري الإلكتروني

المبحث الأول
التعريف بالعقد الإداري الإلكتروني ومعاييره

تمهيد وتقسيم:

صدرت مؤخرا الكثير من القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية بصفة عامة، ومن أبرز القوانين التي اهتمت بالعقود الإدارية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، قانون العقود الإدارية الفرنسي الصادر في عام ٢٠٠١م، حيث نص في المادة ٥٦ منه على إجراءات إبرام العقود الإدارية بوسائط إلكترونية، وأمام هذا القانون تساءل الفقة الفرنسي عن تعريف العقد الإداري الإلكتروني، ومعاييره التي تميزه عن غيره، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: تعريف العقد الإداري الإلكتروني

المطلب الثاني: معايير العقد الإداري الإلكتروني

المطلب الأول

تعريف العقد الإداري الإلكتروني

يتمثل العقد بصفة عامة في تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وإن العقد من حيث تكوينه ، أما أن يكون رضائيا أو شكليا أو عيني، وهو من حيث الأثر، إما أن يكون ملزما للجانبين، أو ملزما لجانب واحد، وأما أن يكون عقد معاوضة، أو عقد بيع، وهو من حيث الطبيعة، إما أن يكون عقدا فوريا أو عقدا مستمرا ، وإما أن يكون عقدا محددا، أو عقد إحتماليا، وإن العقد الإلكتروني في الواقع لا يخرج في بنائه وطبيعته وأركانه عن هذا السياق، ومن ثم يخضع في تنظيمه لأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، لكن ما يميز هذا العقد هو مدى تأثير الطابع الإلكتروني عليه، والوسائط الإلكترونية وخاصة شبكة الإنترنت التي يتم من خلالها [١] .

ويمكن تعريف العقد الإلكتروني- أو العقد المبرم إلكترونيا-[٢] بأنه العقد الذي يتم إبرامه من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية، وفيه يتم التعاقد عن بعد دون تواجد مادي متزامن لطرفي التعاقد، وذلك من خلال شبكة المعلومات الدولية، أو من خلال أي وسيلة اتصال إلكترونية كالفاكس أو التلكس،أو التلغراف، يمكن تعريفها بأنها" " العقود التي تتم مرحلتا إبرامها وتنفيذها أو

---

(١) د.خالد ممدوح إبراهيم محمد، " إبرام العقد الإلكتروني"، دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ٥٠.

(٢) تعددت تعريفات العقود الإلكترونية ، فمنهم من عرفها بأنها" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل، ومنهم من عرفها بأنها " العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة، خصوصا شبكة المعلومات الدولية " الانترنت" ، من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة ، بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط بإتمام العقد ، انظر، د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ١٢.، وانظر، د. أحمد عبد الكريم سلامة ، الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر الكمبيوتر والقانون والانترنت، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، مايو ٢٠٠٠م، ص٢٨.

مرحلة إبرامها دون تنفيذها بكافة وسائل الاتصال الإلكترونية"[1].

ولا تؤثر طريقة الإبرام في مضمون العقد الإداري وشروطه التي تميزه عن العقد العادي ، من حيث وجود الإدارة كطرف فيه وتصرفها من خلاله بوصفها سلطة إدارية[2]. .

واستقر الفقه والقضاء على أن **العقد الإداري**" هو اتفاق يكون أحد أطراه شخصا معنويا عاما بقصد إدارة وتسيير أحد المرافق العامة، وتظهر فيه نية الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد"[3]، ويستمد العقد الإداري قواعده، إما من نصوص تشريعية تنظم جانبا من جوانبه، وإما من أحكام القضاء الإداري، والتي يمارس القاضي من خلالها دوراً بارزاً في خلق واستخلاص المبادئ القانونية التي تحكم هذه العقد دون التقيد في ذلك بأحكام القانون المدني[4]، وفي تحديد الإيجاب والقبول في العقود الإدارية، ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن" الإعلان عن إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاء ليس إلا دعوة للتعاقد، وإن التقدم بالعطاء وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها، هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد" [5].

وينتج القبول أثره المتمثل في انعقاد العقد، لابد أن يعلم الموجب بقبول إيجابه، باعتبار أن القبول بوصفه تعبيرا عن الإرادة لا يتحقق وجوده القانوني

---

(١) د.صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠١١م، ص ١٩.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠٠٩م، ص١١٥.

(٣) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٣١٢٨، لسنة ٣٥ ق، جلسة ٢٤/ ١/ ١٩٩٥م، مجموعة المبادئ في العقود الإدارية، إصدار المكتب الفني لمجلس الدولة، ص٩٨.

(٤) د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩١م، ص١٢.

(٥) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٢٢٤٦ لسنة ٤٢ ق، جلسة ٢١/ ١١/ ٢٠٠٠م، مجلة المحاماة، العدد الثاني، سنة ٢٠٠٢م، ص٥٢٢.

ولا ينتج أثرا إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه، والعلم الذي يعتد به في هذا الشأن هو الذي يتم طبقا للقانون أو لاتفاق الطرفين، وفي العقود الإدارية يتم إبلاغ هذا القبول كتابة إلى صاحب العطاء متضمنا اعتمادا عطائه وتكليفه بالتنفيذ طبقا للمادة ١٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م الخاص بالمناقصات والمزايدات، وبطبيعة الحال يتعين إبلاغ القبول خلال المدة التي يكون الانسحاب فيها جائزا، حسبما تحدده شروط المناقصة بداءة، أو طبقا لما يدخل عليها من تعديلات ارتضاها الطرفان(١).

ويعتبر العقد الإداري الدولي، هو عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة، أو يبرمه شخص معنوي من رعايا الدولة، مع شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى، وقد يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية للدولة ، حيث تبرم مع دولة أخرى تعاقدا بهذا الصدد لعدم امتلاكها تقنية علمية تمكنها من ذلك(٢).

ويجمع العقد الإداري الدولي بين مقومات العقد الإداري من كون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ويتعلق بمرفق عام ، وتظهر فيه إرادة الشخص المعنوي العام في الأخذ بأحكام القانون العام، من خلال انطواء العقد على شروط استثنائية غير معروفة بالنسبة للعقود المدنية وبين الصفة الدولية من حيث اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية بانطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة المتعاقدة(٣).

وتهدف الإدارة في إبرام أغلب عقودها - مثل المناقصات والمزايدات والممارسة- بالوسائط الإلكترونية إلى تحقيق عدة مزايا(٤):

---

(١) حكم محكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٢٤٢ لسنة ٤٥ق، جلسة ٩ يناير ٢٠٠١م، مجلة المحاماة، مرجع سابق، ص٥٢٢.

(٢) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦م، ص٣٧.

(٣) د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص١٠٨.

(٤) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٢٠، ١٢١.

١- استفادة الإدارة من المنافسة بين الراغبين في التعاقد معها، للحصول على أفضل عرض، وهو أقلها مبلغا في حالة المناقصة، وأكبرها قدرا في حالة المزايدة، وذلك باتباع طريق الشفافية أو العلانية في التعاقد لتحقيق مبدأي العدالة والمساواة بين المتنافسين، ويؤدي الإبرام الإلكتروني للعقد الإداري إلى توسيع نطاق المنافسة والسماح بتوافر عدد أكبر من العروض، خاصة على المستوى الدولي.

٢- إفلات الإدارة من انحرافات الموظفين اللذين يتعاقدون باسم الإدارة وليس لهم مصالح شخصية في التعاقد مع صاحب أفضل العروض، إذ قد تدفعهم الأنانيو وحب الذات إلى التضحية بمصالح الإدارة في سبيل الحصولعلى الرشاوي والمزايا المالية من المرشحين للتعاقد إذاترك التعاقد لتقديرهم أو تم الأمر في الخفاء، ومن شأن الإبرام الإلكتروني للعقد الإداري منه الاتصال المباشر بين موظفي الإدارات المتعاقدة والمرشحين للتعاقد، وغلق باب الرشوة واستغلال النفوذ والابتزاز.

٣- توفير نسبة تجاوز ٢٥٪ من الوقت والجهد اللازمين لانجاز إجراءات التعاقد بالطريقة التقليدية نتيجة لسرعة الانجاز وسهولة الأداء واستبعاد الاستخدامات الورقية ونفقات المراسلات، وكل ذلك يؤدي إلى تقليل التكلفة بصورة ملموسة.

٤- تسهيل الاتصال بين السلطة الإدارية والمواطنين وشفافية المعاملات المالية للإدارة تسمح بمزيد من الديمقراطية وتوسع من مفهومها، وقد أكد القانون الفرنسي على مبدأ السرية والشفافية في إجراءات إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، فنصت المادة (٧) من المرسوم رقم ٦٩٢ لسنة ٢٠٠٢م على أن يضمن الشخص المعنوي العام أمن الصفقات على شبكة المعلومات الدولية المتاحة لجميع المرشحين دون أي تمييز بينهم[1]، وقضت المادة ٨/ ٢ من هذا

---

(١) Article (7) du décret no 2002 -692 du 30 avril 2002 pris en application du 1 et du 2 de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à =

المرسوم " أن الشخص المعنوي العام يستطيع أن يطلب من المرشحين للتعاقد وضع طلباتهم وعروضهم تحت نظام حماية خاص بحيث لا يمكن الإطلاع عليها إلا بمعرفتهم[1]، كما قضت المادة الرابعة من المرسوم رقم ٨٤٦ لسنة ٢٠٠١م بأنه" على الشخص المعنوي العام توفير الأمن والحماية للمعاملات حتى نهاية المدة التي يوجب فيها القانون إرسال العروض من طرف المرشحين[2] وتنفيذا لذلك قامت وكالة تطوير الإدارة الإلكترونية " Agence pour development de l'administration électronique" بإعداد برنامج يستهدف ضمان أمن المعلومات بين المرشحين للتعاقد والسلطات الإدارية.

=

la dématérialsation des procédures de passation des marchés publics « La personne publique assure la sécurité des transaction sur un réseau informatique accessible â tous les candidates de façon non discriminatoire......................... »

(١)

Article (8) "..................A cet effet , la personne responsable des marchés peut demander aux candidats d'assortir leur fichiers d'un système de sécurité tel que les candidatures et les offres ne puissent être ouvertes qu' avec leurs concours »

(٢)

Article (4) du Décret no 2001- 846 du 18 septembre 2001 pris en application du 3 de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électronique (.................. En cas défaillance du dispositif d'échanges électroniques, la personne publique met à la disposition des candidats des moyens de transmission susceptibles de se substituer dans les meilleures conditions de sécurité aux moyens électronique initialement. prévus »

المطلب الثاني
معايير العقد الإداري الإلكتروني

تختلف معايير العقد الإداري الإلكتروني الداخلي، عن معايير العقد الإداري الإلكتروني الدولي، وذلك من خلال التقسيم التالي:

- **معايير العقد الإداري الإلكتروني الداخلي:**

يحظى العقد الإداري باهتمام تشريعي خاص لأهميته العملية من جانب، ولأنه أحد الأساليب للممارسة النشاط الإداري من جانب آخر، فقد صدر عن لجنة القانون التجاري الدولي المنبثقة عن الأمم المتحدة القانون النموذجي لشراء السلع والخدمات، كما عقدت العديد من المؤتمرات الدولية كان آخرها مؤتمر القاهرة الدولي لإصلاح وتحديث قواعد المناقصات والمزايدات في الدول الآخذة في النموفي الفترة من ٢١-٣١ يناير ١٩٩٤م[١].

وأدى الاهتمام الدولي بالعقود الإدارية من جهة، وإنتشار العقود الإلكترونية من جهة أخرى، بفقهاء القانون العام في فرنسا إلى البحث عن مدى إمكانية وجود العقد الإداري بالوسائط الإلكترونية، وما هي معايير تمييزه عن غيره من العقود، وترتيبا على ذلك، فإن البحث في معايير العقد الإداري الإلكتروني، يستوجب دراسة مدى توافر معايير العقد في العقد الإداري الإلكتروني، كالمعيار العضوي: وجود الشخص المعنوي العام في العقد، المعيار الموضوعي: استعمال هذا الشخص لأساليب القانون العام عن طريق تضمينه لشروط إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو خضوعه لنظام استثنائي، أو تعلق هذا العقد بتسيير أو تنظيم المرفق العام[٢].

---

(١) د. محمد أنس جعفر، العقود الإدارية " دراسة مقارنة وتطبيقية لنظم المناقصات والمزايدات" رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م الخاص بالمناقصات والمزايدات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود " BOT "، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص٦.

(٢) د. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة،الأسكندرية، ٢٠١٠م، ص٥٠.

(١) المعيار العضوي للعقد الإداري الإلكتروني:

يتعين حتى يكتسب عقد ما الصفة الإدارية أن تكون الإدارة أحد عاقديه، باعتبار أن العقد الإداري وسيلة لتسيير النشاط الإداري، وفي تبرير المحكمة الإدارية العليا، لهذا الشرط، ذهبت إلى أن تطلبه أمر طبيعي، لأن العقود الإدارية طائفة من أعمال الإدارة [(١)].

ويكون تمثيل الإدارة كطرف في العقد من خلال أحد الأشخاص المعنوية الإقليمية مثل المحافظة أو المدينة أو القرية أو من خلال أحد الأشخاص المعنوية المرفقية كالهيئات العامة، وتتمتع النقابات المهنية بالشخصية المعنوية العامة، ومن ثم تكتسب العقود التي تبرمها صفة العقود الإدارية، متى توافرت فيها باقي عناصر قيام تلك العقود [(٢)]، إضافة لإلى ذلك فقد اعترف القضاء الإداري بالشخصية المعنوية العامة لبعض المؤسسات ذات الطابع الديني كبطرخانة الأقباط الأرثوذكس، والمجلس الصوفي الأعلى [(٣)]، الأمر الذي يؤدي إلى إسباغ الوصف الإداري على العقود التي تبرمها تلك المؤسسات، في حالة توافر باقي عناصر تلك العقود فيها، ولا يكفي لقيام العقد الإداري أن يكون أحد أطرافه شخص معنوي عام، بل لابد من توافر الشروط الثلاثة الآتية:

١- أن يظل الشخص المعنوي العام محتفظا بصفته العمومية طيلة مدة تنفيذ العقد، فإذا فقدها أثناء التنفيذ بتحوله إلى أحد أشخاص القانون الخاص غدا العقد عقدا مدنيا يخضع لأحكام القانون المدني[(٤)].

٢- يجب أن تبرم الإدارة العقد بوصفها سلطة إدارية عامة، فإذا أبرمته بوصفها أحد أشخاص القانون الخاص عد العقد عقداً مدنياً، ولذلك قضي بأن تعاقد الإدارة مع مقاول مباني بصفتها ناظرة للوقف، أي شخص من أشخاص

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ ق، جلسة ١٨/ ١/ ١٩٩٤م.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم ١٥١٣ لسنة ٢٧ ق، جلسة ١١/ ٦/ ١٩٨١م.

(٣) محكمة القضاء الإداري، دعوى رقم ٤٢١ لسنة ٤ ق، جلسة ١٧/ ١١/ ١٩٥٤م.

(٤) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٤ ق، جلسة ٢/ ١/ ١٩٩٧م.

القانون الخاص، وليست كسلطة عامة، لا يسبغ على العقد الصفة الإدارية[1] ، وقد تأكد هذا المبدأ في قضاء المحكمة الدستورية العليا، حين ذهبت في قضائها الحديث إلى أنه " يتعين لاعتبار العقد عقدا إداريا أن يكون أحد أطرافه شخصا عاما، ويتعاقد بوصفه سلطة عامة............" [2].

٣- يجب أن تبرم السلطة التنفيذية العقد بوصفها سلطة إدارة وليست سلطة حكم، فالسلطة التنفيذية تعتبر سلطة حكم، حينما تباشر أعمال تتعلق بشئون الحكم، وهي تلك المتصلة بإدارة شئون الدولة من الناحية السياسية، وتعتبر سلطة إدارة حينما تباشر أعمالا تتعلق بتسيير المرافق العامة، ومن ثم فإن العقد يكون إداريا إذا أبرمته السلطة التنفيذية فيما يتعلق بإداوة مرفق عام، حيث تتصرف السلطة التنفيذية هنا بوصفها جهة إدارة[3] .

ويعد العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون الخاص لحساب شخص معنوي عام هو عقد إداري إذا توافرت فيه باقي العناصر الأخرى المميزة لتلك العقود، حيث تنصرف آثار العقد إلى الإدارة [4] ، كما أن العقد الذي يبرمه أحد أشخاص القانون الخاص بوصفه وكيلا عن شخص معنوي عام، يعد هو الآخر عقدا إداريا، حيث أنه ليس هناك ما يمنع من أن يبرم الشخص المعنوي العقد الإداري بالوكالة، وقد تأكد هذا الفرض بحكم المحكمة الإدارية العليا ، والذي ذهبت فيه إلى أنه" ومن حيث أن الكازينو محل المنازعة مقام في منطقة الشاطئ

---

(١) المحكمة الإدارية العليا، جلسة ٣١/ ١٢/ ١٩٨٧، مجموعة أحكام السنة الثانية والعشرين، ص٨٥٢.

(٢) المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ١ لسنة ١٢ ق ، جلسة ٥/ ١/ ١٩٩١م، جزء "٤"، ص٥٣٦.

(٣) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة"، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٦م،ص٥٧.

(٤) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر سلطة السلطة العامة في العقود الإدارية، ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١م، ص٨٤.

المعتبرة من المنافع العامة، والمقصور حق استغلالها على الشركة الطاعنة، ومن ثم يكون التصريح للمطعون ضده بالانتفاع بالكازينو المذكور، قد تم من الشركة الطاعنة بوصفها نائبة، مما يتوافر معه في هذا التصريح مقومات العقد الإداري، باعتباره صادرا عن جهة نائبة عن الدولة"[١].

واستقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصرعلى تعريف العقد الإداري بأنه" الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما بقصد لإدارة المرافق العامة أو تسييرها وتظهر النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في التعامل بين الأفراد سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد، أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتعبها لو تعاقد مع غيره من الأفراد[٢].

وبناء على ذلك، فإن الشخص المعنوي العام سواء الدولة أو أحد مؤسساتهاأو الوكيل بموجب وكالة صريحة أو ضمنية يمكنه استعمال شبكة المعلومات الدولية لابرام العقد الإداري الإلكتروني، وكذلك يمكنه استعمال التوقيع الإلكتروني والمحررات الإلكترونية لاثبات هذا العقد، دون تأثير ذلك على الوكالة الموجودة بينه وبين الشخص المعنوي العام[٣].

كما تأثر العقود الإدارية في فرنسا، والصادر بموجب المرسوم رقم ٢٠٠٤- ١٥ في ٨/ ١/ ٢٠٠٤م بأحكام التوجيهات الأوروبية ، حيث نص في المادة "٢" منه على إمكانية إبرام الدولة لعقود إدارية مع دولة أو عدة دول

---

(١) د. محمد أنس جعفر ، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات، مرجع سابق، ص١٩.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠٠٤م، ص١٥.

(٣)
Kessler (D.), Le contrat administratif face à l'électronique : Peut-il exister un contrat administratif électronique , DESS Droit de l'internet - Administration – Entreprises, UNIVERSITE PARIS-I PANTHEON-SORBONNE,2002,p.19.

في مجال الأشغال والخدمات[1]، لذا فإنه في ظل العولمة والتدويل، لا توجد صعوبة في تحديد العقد الإداري الإلكتروني عن طريق المعيار الموضوعي، حيث يمكن للدول وأشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص عن طريق وكالة صريحة أو ضمنية إبرام العقد الإداري الإلكتروني[2].

ويجدر الإشارة إلى أن العقود الإدارية في فرنسا تختلف عنها في مصر، حيث أن هذه العقود محددة بنص القانون ، بينما في مصر تعتبر العقود الإدارية عقودا إدارية بطبيعتها، ووفقا لخصائصها الذاتية، لا بتحديد القانون ولا وفقا لإرادة المشرع، وعليه فإن وجود عقد إداري إلكتروني عن طريق المعيار العضوي في مصر، توجب صدور حكم قضائي من القضاء الإداري يحدد خصائص هذا العقد ويميزه عن العقد المدني[3] .

(٢) المعيار الموضوعي للعقد الإداري الإلكتروني:

ينطوي المعيار الموضوعي للعقد الإداري بصفة عامة على أمرين: أولهما،

---

(١)

Article 2 "I.- Les dispositions du présent code s'appliquent :

١ °Aux marchés conclus par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics

٢ °Aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques mentionnées au 1° du présent article, sous réserve des adaptations éventuellement nécessaires auxquelles il est procédé par décret

II. - Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'Etat le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent code. De même, sauf dispositions contraires, les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également à leurs établissements publics

(٢)

Kessler (D.), Le contrat administratif face à l'électronique : Peut-il exister un contrat administratif électronique, Op.Cit.,p.28.

(٣) د. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص٥٢.

هو اتصال العقد بنشاط مرفق عام، واتباع أساليب القانون العام في العقد الإداري" فكرة الشروط الإستثنائية".

اتصال العقد بنشاط مرفق عام

لا يجوز إسباغ الصفة الإدارية على التعاقد لمجرد أن الإدارة أحد طرفيه، وإنما لابد لإسباغ هذا الوصف على التعاقد أن يصل بنشاط مرفق عام، وهوكل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته، ويعمل بانتظام واستمرار، وتستعين في إنشائه وتسسيره بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة، بشرط ألا يهدف هذا المشروع إلى تحقيق ربح من وراء تزويده للمتعاملين معه بالحاجات العامة، بل يقصد المساهمة في حماية النظام العام، وخدمة المصالح العامة في الدولة[1]، فمناط قيام العقد الإداري إلى جانب أن تكون الإدارة أحد أطرافه إذن هو أن يتصل هذا العقد بنشاط مرفق عام، من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه، وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وتغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة[2] ، ومن ثم إذا انقطعت الصلة ما بين العقد والمرفق العام، فقد صفته الإدارية، وأصبح عقدا من عقود القانون الخاص، حتى ولو كان أحد أطرافه شخصا عام، وتطبيقا لذلك يخرج من نطاق العقود الإدارية تأجير الهيئات العامة لقطعة أرض من أملاكها الخاصة، لأحد الأفراد لإقامة مصنع عليها[3] .

ويأخذ اتصال العقد الإداري بالمرفق العام صورا عدة، وإن كانت كلها تدور حول إنشاء هذا المرفق وتسير نشاطه، فقد يكون الهدف من إبرام العقد الإداريإنشاء مرفق عام، على النحو المتمثل في عقود الأشغال العامة، وقد يأخذ اتصال هذا العقد بالمرفق العام صورة أخرى، تتمثل في المساهمة في إدارته، كما

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٣٥٣ ، جلسة ٣١/ ٣/ ١٩٦٥م.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٨/ ١/ ١٩٩٥م.

(٣) محكمة القضاء الإداري، جلسة ٢٢/ ٣/ ١٩٦٠م، مجموعة أحكام السنة ١٤، ص٢٥٦، المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٣٣٩ لسنة ٢٧ ق، جلسة ١٩/ ١١/ ١٩٨٣م.

في حالة عقود امتياز الأشغال العامة ، والتي يشارك فيها المتعاقد مع الإدارة في إدارة المرفق، وأخيرا قد يتعلق العقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد الأفراد بتسيير المرفق العام كما في حالة عقود التوريد، والتي يتعهد بموجبها المتعاقد بتوريد أصناف معينة تحتاجها الإدارة، في تسيير نشاط المرفق العام(١).

ويقول الأستاذ " Thierry Revet" في فرنسا " فإن العقد الإلكتروني هو قبل كل شيء عقد تم إبرامه عن طريق وسيط إلكتروني ، وهذا الوسيط لا يتدخل في مضمون العقد الإداري، مما لا يمنع إمكانية وجود عقد إداري يحتوي على شروط استثنائية أو يخضع لنظام استثنائي خاص يميزه عن العقود المدنية، حيث يمكن التعاقد عن طريق الإحالة إلى عقود نموذجية تضعها الإدارة على موقعها الإلكتروني للسماح للمتعاقد الآخر بمعرفة شروط التعاقد "(٢).

ونتيجة لما سبق، فإن ضابط اتصال العقد بتنظيم وتسيير وإدارة المرافق العامة في تحديد العقد الإداري، فيمكن القول أن التوجيهات الأوروبية الخاصة بإبرام العقود الإدارية خاصة التوجيه الأوروبي رقم ١٨/ ٢٠٠٤م الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والخدمات والتوريد، حيث قد خص عقود الأشغال وعقود الخدمات وعقود التوريد بالإبرام عن طريق وسائط إلكترونية، كما نص عليها قانون العقود الإدارية في فرنسا(٣).

---

(١) د. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص٥٢.

(٢)

Selon **Thierry Revet** un contrat électronique est avant tout un contrat, mais passé par voie électronique. L'électronique n'est donc qu'un support ; il n'intervient donc pas dans le contenu du contrat. Rien n'empêche donc un contrat électronique de contenir une clause exorbitante.................... », cité par, **Kessler (D.)**, Le contrat administratif face à l'électronique : Peut-il exister un contrat administratif électronique, Op.Cit.,p.20.

(٣)

Article (12), (13) DIRECTIVE 2004/18/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, enligne, http://eur-
=

ويلاحظ أن هذه العقود تتعلق بتنظيم وتسيير وإدارة المرافق العامة دون تنفيذها، لذا فإن مفهوم المرفق العام في العقد الإداري الإلكتروني، لا يمكن أن يشمل تنفيذ المرفق نفسه، عكس ما أكدته محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٨/ ١/ ٢٠٠١م بقولها(العقد الذي يبرم من طرف شخص من أشخاص القانون الخاص دون مساهمته في تنفيذ المرفق العام، هو بالتأكيد ينتمي إلى العقود الخاصة" [١].

ولا يكفي لإضفاء الصفة الإدارية على عقد ما، أن تكون الإدارة طرفا فيه، وأن يتصل بمرفق عم- على نحو ما سبق- بل يتعين إضافة لما تقدم اتباع الإدارة لأساليب القانون العام حال إبرامها للعقد، وذلك بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية، والتي تقوم على إعمال مبدأ المساواة والتوازن بين طرفيها، وتنطوي الشروط الإستثنائية الواجب توافرها في العقد الإداري على منح الإدارة المتعاقدة امتيازات في مواجهة المتعاقد معها[٢]، وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى تأكيد ضرورة توافر الشروط الاستثنائية في العقد الإداري، كطابع مميز لها، وفي تعريف المحكمة الإدارية العليا للشروط الاستثنائية في العقود الإدارية ذهبت إلى أنها " الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام، أو مصلحة مرفق من مرافق الدولة ، وهي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص[٣].

=

lex.europa.eu/ LexUriServ/ LexUriServ .do?uri =OJ: L:2004:134:0114:0240:fr:PDF

(١)

Richer (L.), Droits des contrats administratifs, L.G.D.J. 3 édition, 1999,Paris,p.95.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ ق، جلسة ٨/ ١/ ١٩٩٥م، المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ١٥٧١ لسنة ٤١ ق، جلسة ٢٥/ ٢/ ١٩٩٧م.

(٣) المحكمة الإدارية العليا، جلسة ٢٥/ ٢/ ١٩٦٣م، ص١٢٢٥، المحكمة الإدارية العليا، جلسة ٢٥/ ١١/ ١٩٩٥م، ص٤٠.

و يعني خلو العقد من الشروطِ الإستثنائية أن نية الإدارة قد انصرفت عن استعمال أساليب القانون العام في تعاقدها، الأمر الذي يجعل من هذا التعاقد تعاقدا مدنيا، وعلى الرغم من ذلك، فإن هناك من العقود ما يكون إداريا حتى ولو خلا من الشروط الاستثنائية، كما هو الحال بالنسبة لعقود التزام المرافق العامة والأشغال العامة والتوريد، حيث أن تلك العقود تعد عقودا إدارية بطبيعتها، لنص المشرع على اعتبارها عقودا إدارية في جميع الأحوال، حيث يشترك المتعاقد مع الإدارة في هذه العقود مباشرة في تسيير المرافق العامة[1].

ولا يشكل ذلك عائقا في تحديد العقد الإداري الإلكتروني عن طريق ضابط الشروط الإستثنائية، حيث يمكن أن يتضمن العقد الإداري الإلكتروني شروط استثنائية غير مألوفة في المعاملات الإلكترونية في القانون الخاص، دون أدنى مشكلة ولا يؤثر ذلك على طبيعته الإلكترونية.

ويجدر التنويه هنا، يبقى النص على إمكانية إبرام العقد الإداري بوسائط إلكترونية في التوجيهات الأوروبية الخاصة بإبرام العقود الإدارية ، وكذا قانون العقود الإداية في فرنسا ومصر غير كاف، بل يجب صدور أحكام من مجلس الدولة تؤكد وجود هذا العقد وتبين خصائصه[2].

- **معايير العقد الإداري الإلكتروني الدولي:**

العقد الإداري الدولي، هو عقد تبرمه الدولة بوصفها سلطة عامة، أو يبرمه شخص معنوي من رعايا الدولة، مع شخص طبيعي أو معنوي من رعايا دولة أخرى ، وقد يكون موضوعه استغلال الثروات الطبيعية للدولة ، حيث تبرم مع دولة أخرى تعاقدا بهذا الصدد لعدم امتلاكها تقنية علمية تمكنها من ذلك[3].

---

(١) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة"، مرجع سابق، ص٦٢.

(٢) د. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص٥٥.

(٣) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص٣٧.

ويترتب على تلك العقود انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود، باعتبارها تتصل بمصالح التجارة الدولية، ومن صور العقد الإداري الدولي تعاقد الإدارة مع شخص أو شركة أجنبية للقيام على نفقته وتحت مسئوليته بأداء خدمة عامة للجمهور للشروط الموضوعة له مقابل استغلال المشروع لمدة معينة من الزمن واستيلائه على الأرباح، وكذا تعاقد الإدارة مع أحد الأشخاص أو إحدى الشركات- وطنية أو أجنبية- للقيام بأعمال الترميم أو الصيانة في إحدى السفارات الموجودة بالخارج، أو للقيام بإمداد الجيش المرابط خارج حدود الدولة بمستلزماته التموينية، ما دام العقد قد تضمن شروطا غير مألوفة في عقود الأفراد[1].

والعقد الإداري الدولي هو عقد يجمع بين مقومات العقد الإداري من كون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما ويتعلق بمرفق عام، وتظهر فيه إرادة الشخص المعنوي في الأخذ بأحكام القانون العام، من خلال انطواء العقد على شروط استثنائية غير معروفة بالنسبة للعقود المدنية، وبين الصفة الدولية من حيث اتصال العقد بمصالح التجارة الدولية بانطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة المتعاقدة[2].

ويتنازع تمييز العقد الإداري الوطني عن العقد الإداري الدولي معياريين أولهما " **قانوني**" ووفقا له يعد العقد الإداري دوليا إذا كانت العناصر القانونية للعقد على اتصال بأكثر من نظام قانوني واحد، والمقصود بالعناصر القانونية التي يعول عليها في تحديد صفة العقد جنسية الأطراف ومكان إقامتهم، ومكان إبرام وتنفيذ العقد هذا إلى جانب لغة التعاقد والعملة المستخدمة في الوفاء المقابل لأداء الالتزام التعاقدي، وتتحدد دولية العقد وفقا لهذا المعيار بناء على مجموع الظروف والعناصر الإيجابية الملابسة له وليس واحدا منها فقط، على أن تتطرق الدولية إلى

---

(١) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة"، مرجع سابق، ص١٣٠.

(٢) د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي،مرجع سابق، ص١٠٨.

أحد العناصر المؤثرة، ومن ثم فإن العقد يكتسب الصفة الدولية، متى تطرقت الصفة الأجنبية إلى عنصر مؤثر في العلاقة التعاقدية والعكس صحيح(١) ، وثانيهما معيار" **اقتصادي**" مفاده أن العقد يعد عقدا دوليا متى اتصل بمصالح التجارة الدولية، بمعنى انطوائه على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، فيترتب عليه انتقال حركة الأموال والخدمات بين الدول(٢) ، ويري بعض الفقه، أن المعيار الاقتصادي لا يتعارض مع المعيار القانوني لتحديد دولية العقد، الذي يعتبر العقد بمقتضاه دوليا متى اتصلت عناصره بأكثر من نظام قانوني، ذلك لأن الرابطة العقدية التي يترتبعليها انتقال الأموال أو الخدمات عبر الحدود، والتي تتعلق بمصالح التجارة الداخلية هي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني(٣) .

وفي حقيقة الأمر، يدور البحث في خصوص دولية العقود الإدارية الإلكترونية حول العناصر الواجب توافرها لتكييف العملية التعاقدية عبر شبكة المعلومات الدولية، بأنها عملية ذات طبيعة دولية، ولبلوغ هذه الغاية يجب أن أتبنى المعيار المختلط الذي ينطلق من اعتبارين:الاعتبار الأول، المحتوى أو الواقع الاقتصادي للعملية العقدية المطروحة، والآخر، العنصر القانوني في العلاقة الذي تتحرك معه قواعد القانون الدولي الخاص لتنظيم المسألة(٤) .

وإذا ما تقدم في الحسبان، وتم تطبيقه على العقود الإدارية الإلكترونية، نجد أن:

---

(١) د. هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٩٥م، ص٦٨.

(٢) د. أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢١، ١٩٦٥م، ص٧٦.

(٣) د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي،مرجع سابق، ص١٠٦.

(٤) د.صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق، ص٥٦.

١- تقوم العقود الإدارية الإلكترونية – في أغلبها- بصفة أساسية على انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود عبر شبكة المعلومات الدولية.

٢- ويجب أن يكون العنصر القانوني الذي يعول عليه في فاعليته وقدرته على إضفاء الصفة الدولية على العقد هو عنصر مكان التنفيذ، حيث أن تنفيذ العقد الذي سوف يترتب عليه توريد أشياء من شركة أجنبية – مثلا- من الخارج إلى أحد الهيئات العامة الموجود في مصر، يكفي أن يضفي على العقد صفة الدولية[١].

(١) د.صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق، ص٥٦.

المبحث الثاني

أركان العقد الإداري والقرار الإداري المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية

تمهيد وتقسيم:

تمارس الإدارة في سبيل أداء وظائفها ونشاطاتها أنواعاً متعددة من الأعمال وتنقسم هذه الأعمال على قسمين: مادية وقانونية ، أما الأعمال القانونية فتصدر عن الإدارة بهدف ترتيب آثار قانونية محددة كإنشاء مراكز قانونية جديدة أو إحداث تعديلات في مراكز قانونية قائمة أصلاً أو إلغائها، وتظهر الأعمال القانونية عن الإدارة بصورتين:**الأولى**، بإرادتها المنفردة وتسمى بالقرارات الإدارية، **والثانية**، تصدر باتفاق إرادة الإدارة مع إرادة أخرى ، حيث تبرم العقود الإدارية(١)، وسوف نتعرض في هذا المقام إلى أركان القرار الإداري

---

(١)

La terminologie française désigne sous le nom d'acte administratif, l'acte de l'administration active qui est générateur d'effets juridiques, Tantôt l'acte est de portée générale ،c'est le règlement ou acte–règle ؛ tantôt il est de portée individuelle et bilatéral ،c'est le contrat administratif ؛ tantôt enfin il est de portée individuelle et unilatéral. C'est à l'acte juridique dans cette dernière acception ،la décision administrative « ou » décision exécutoire ،« que nous consacrons la présente étude.

"عرف الفقهاء الفرنسيون الأعمال الإدارية بأنها الأعمال التي من شأنها ترتيب آثار قانونية، والعمل الإداري بمعناه الواسع يشمل الأعمال المادية ، والأعمال القانونية، والعمل الإداري ممكن أن يكون بشكل منفرد، وهو القرار الإداري، وممكن أن يكون بشكل ثنائي، وهو العقد الإداري.........."

أنظر:

Waline (M.), Droit administratif ٨ éd ،.Paris ،١٩٥٩ ،n°٦٦٨ et s ؛ **De Laubadère (A.)**، Traité élémentaire de droit administratif ،Paris ،١٩٥٣ ، n.°٣٠٧ et s, ٣١٨ ،et s ؛ **.Duez(P.) , Debeyre(G.)** ،Traité de droit administratif ،Paris ،١٩٥٢ ،n°٢٨٧ et s, **Vedel (G.)** .Droit administratif 2 éd ،.Paris ١٩٦١ ،, ،p ١٤٠ .et s.

=

=

En Allemagne la doctrine a adopté aussi le terme (Verwal tungsakt), acte administratif .Mais sa portée est restreinte à l'acte générateur d'effets juridiques qui est individuel et unilatéral .C'est donc ce que nous entendons ici par décision administrative .La législation et la doctrine allemandes font du reste aussi un large usage de termes correspondant à celui de décision administrative (Anordnung) , (Verfügung)، (Entscheidung), (Beschluss),(Bescheid)

"وفي القانون الألماني، يوجد مفهوم العمل الإداري، بمعناه الواسع في القانون الفرنسي، حيث أن العمل الإداري يشمل القرار الإداري، وهو عمل الإدارة بشكل منفرد، والعقد الإداري ، وهو العمل الإداري الثنائي.................."

أنظر:

E .Forsthoff ،**Lehrbuch des Verwaltungsrechts** ،Allgemeiner Teil ، ٨ éd ،.Munich et Berlin ،١٩٦١ ،p ١٨٠ .et s ؛ .H.P .Ipsen ،**Verwaltungsakte** ،dans Die Verwaltung ،Brauns chweig ،١٩٥٧ ،p ٤ .et s ؛ .E .Eyermann et L .Froehler ، Verwaltungsgerichtsordnung ،Kommentar، ٢éd ،.Munich et Berlin ٤٢ § ،١٩٦٢ ، ,n ٥١٢.

مشار إليه في:

André Panchaud (M.), La décision administrative, Etude comparative, Revue internationale de droit comparé. Vol. 14 N°4, Octobre-décembre 1962. pp. 677-697.

En Suisse la jurisprudence du Tribunal fédéral emploie actuellement le terme de (décision administrative) on trouve cependant aussi le mot (Verwaltungsakt) dans le sens de décision .Quant aux auteurs ،les uns restent attachés à l'expression (Verwaltungsakt) stricto sensu ،pour désigner l'acte unilatéral individuel ،non sans marquer que ce terme ne recouvre guère que des décisions ؛ d'autres emploient à cet effet le terme (Verfügung) en réservant le mot de Verwaltungsakt (lato sensu) pour la catégorie plus générale des actes qui couvrent à la fois la décision concrète et le règlement ou ordonnance de portée générale (Verordnung)

"وفي القانون السويسري، قررت المحاكم الفيدرالية أن مصطلح القرار الإداري هو قرار في حد ذاته بمعناه الواسع، إلا أن الفقه بعضهم من أخذ بالمعنى الضيق للقرار، وهو عمل الإدارة القانوني الذي يهدف إلى إحداث أثر قانوني معين، دون أن يشمل اللوائح الخاصة بالعمل أو الأوامر والإصدارات المكتبية التي تنظم حسن سير العمل، والبعض الآخر أخذ بالمعنى الواسع للقرار

=

الإلكتروني، وأركان العقد الإداري الإلكتروني، وذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: أركان القرار الإداري الإلكتروني

المطلب الثاني: أركان العقد الإداري الإلكتروني

=

بحيث يشمل الأعمال القانونية للإدارة التي تهدف إلى إحداث أثر قانوني، بالإضافة إلى اللوائح والأوامر الاصدارات المكتبية السابق الإشارة إليها."

أنظر:

E .**Ruck** ،Schweizerisches Verwaltungsrecht ،Allgemeiner Teil ٣ éd .. Zurich، ١٩٥١ ،p ٨١ .et s ٩٢ ،.et s ١٩٥ ،.et s ؛ .**O.A .Germann** ، Grundlagen der Rechtswissenschaft ،Berne ، ١٩٥٠ ،p ١٥٥ .et s ؛ .**Z. Giacometti** ،Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwalt ungsrechts ،I ،Zurich ، ١٩٦٠ ،p ٣٣٧ .et s ؛ .Arrêts du Tribunal fédéral suisse ٨٤ ،I ٨٠ ،١١ II١٦٢

مشار إليه في:

André Panchaud (M.), La décision administrative, Etude comparative, Revue internationale de droit comparé,Op.Cit.,. pp. 677-697.

المطلب الأول
أركان القرار الإداري الإلكتروني

تم تعريف القرار الإداري بتعريفات عدة منها انه (عمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة والملزمة لإحدى الجهات الإدارية في الدولة لإحداث تغيير في الأوضاع القانونية القائمة ، أما بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل لمركز قانوني قائم أو إلغاء له) [1]، وبأنه (إعلان للإرادة يصدر عن سلطة إدارية في صورة تنفيذية ، بقصد إحداث أثر قانوني إزاء الأفراد)[2]، كما عرف بأنه (عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة من قبل الإدارة، ويكون من شأنه تعديل الأوضاع القانونية بما يفرضه من التزامات وما يمنحه من حقوق)[3].

اتجه الرأي الراجح في الفقه إلى أن القرار الإداري يستند إلى خمسة أركان ، إن صحت أمسى القرار الإداري صحيحاً ومشروعاً ومنتجاً لآثاره القانونية ، وإن تخلف أحدها بطل القرار ، وهذه الأركان هي الاختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية، وفي نطاق ما يعرف بالحكومة الإلكترونية ، فان أركان القرار الإداري لم تبق على حالها ، فاليوم اتجهت بعض الإدارات إلى استخدام الحاسب الإلكتروني في انجاز الكثير من الأعمال التي كان، وما يزال الموظف العام يقوم بأدائها وذلك بشكل مستقل أو شبه مستقل عن العنصر البشري ، بحيث أصبح بإمكان البرامج الإلكترونية في الحاسبات المذكورة إصدار القرارات الإدارية المهمة وغير المهمة ، وهنا سنحاول أن نبحث في تأثير هذا التطور المهم على أركان القرار الإداري ، فهل بقيت على حالها أم تطورت

---

(١) د. علي محمد بدير و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، بغداد – ١٩٩٣ – ص٤١٥.

(٢)

Hauriou (M.),droit administratif, Université de California, 1929,12 édition , p.73.

(٣)

Vedel (G.), Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel , Imprimerie nationale ,3 édition ,1964 , p.151

وسايرت مفاهيم الحكومة أو الإدارة الإلكترونية ، وإذا ما صير إلى هذا التطور فما هي الإبعاد الجديدة لأركان القرار الإداري الإلكتروني.

أولا : ركن الاختصاص

تستلزم الوظيفة الإدارية لأداء نشاطاتها بالوجه المطلوب أن يتم توزيع الأعمال الإدارية على الهيئات أو الموظفين العموميين ، فالقرارات الإدارية لا يمكن أن تتخذ إلا من قبل الجهة أو الموظف المختص بذلك ، إذ يحدد القانون الاختصاصات الممنوحة لهذه الجهات ، بحيث يمكن والحالة هذه الإلمام بالحدود والإمكانيات والسلطات التي يجوز التحرك في ضوئها والالتزام بعدم تجاوزها، وبذلك فإن وظيفة ركن الاختصاص بالنسبة للقرار الإداري هي تحديد جهة أو موظف معين له إمكانية وصلاحية إصدار قرار معين دون غيره[1]، وقد سار الفقه على هذا النهج في التعريف بركن الاختصاص [2]، إذ يتم التركيز على إمكانية اتخاذ القرار الإداري من قبل جهة أو فرد معينين ، أما في نطاق الحكومة الإلكترونية فإن هذه الإمكانية في اتخاذ القرارات الإدارية تتوسع لتشمل إمكانية اتخاذها آلياً ، وبمعزل عن العنصر البشري ، وذلك عن طريق ما يعرف بأتمتة الأنظمة الإلكترونية والذي يقصد به إمكانية ممارسة الأعمال الإدارية واتخاذ القرارات اللازمة بطريقة إلكترونية تجري بشكل مستقل وآلي دون حاجة للعنصر البشري[3] ، فقد تم ابتكار برامج إلكترونية تعمل تلقائياً وتحل محل الموظف العام في ممارسة الكثير من الأعمال المهمة وغير المهمة ، والتي كان يؤديها بواسطة إصداره للقرارات الإدارية ، فعلى سبيل المثال استحقاق الموظف العام

---

(١)
Waline(M.) , droit administratif , Paris, Sirey, 9 édition , 1963 , p.452.

(٢) د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الإداري ، الموصل، ١٩٩٦ ، ص١٦١ ، د.نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني،عمان، ٢٠٠٥م ، ص ٢٥١ – ٢٥٢.

(٣) د. عبد الفتاح بيومي حجازي ،الحكومة الالكترونية ونظامها القانوني، دار المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤ م، ص٧٣.

للزيادة السنوية ، فقد أصبح بالإمكان منحه هذه الزيادة آلياً ، فبعد إدخال المعلومات عن هذا الموظف في برنامج معد لهذا الغرض، فحينها يمكن عن طريق البرنامج المذكور أتمتة هذا العمل وإصدار قرار إداري بمنحه الزيادة السنوية التي يستحقها.

وكذلك لو تم الإعلان عن وظيفة حكومية فإنه بإمكان الراغب في التعيين أو التعاقد إرسال بياناته على الموقع الإلكتروني للجهة المذكورة ، وحينها يقوم البرنامج الإلكتروني المعد لهذا الغرض باستلام هذه البيانات وتدقيقها وإحصائها وإرسال رسالة إلكترونية للمتقدم تعلمه باستلامها ، كذلك إنها ترسل البيانات المذكورة إلى الجهة المختصة بالتعيين أو التعاقد ، ويعد الإرسال المذكور قرارات إدارية إلكترونية.

وبذلك فإن القرار الإداري الإلكتروني يتخذ من جانب الحكومة الإلكترونية من قبل برنامج معد لذلك ، وهنا يمكن القول إن البرنامج الإلكتروني المعد للترقية مثلاً يكون هو المختص بأتمتة هذه الأعمال ، في حين ينتفي ركن الاختصاص بالنسبة لعملية الترقية إذا ما صدرت عن برنامج معد لغرض استكمال أعمال التعيين.

ويثير ركن الاختصاص في القرار الإداري الإلكتروني العديد من المسائل كبيان مصادر قواعد الاختصاص وخصائصها وصور وعناصر الاختصاص.

(١) مصادر قواعد الاختصاص:

يتم تحديد الاختصاص بالنسبة للقرارات الإدارية في أغلب الأحيان من قبل المشروع سواء بالدستور أو القوانين أو الأنظمة والتي تحدد اختصاص الموظف العام أو الهيئة الإدارية بشكل صريح ، وبالنسبة للقرار الإداري الإلكتروني فإنه يتخذ من قبل (الوسيط الإلكتروني المؤتمت) والذي عرف بأنه (برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل ، كلياً أو جزئياً ، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له)[1].

---

(١) قانون المعاملات والتجارة الالكترونية في إمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ المادة (٢).

وعليه فإن الوسيط المذكور هو المختص في إصدار القرار الإداري الإلكتروني ويكون مصدر هذا الاختصاص هو المشرع أيضاً ، فقد نص قانون التجارة الإلكترونية في إمارة دبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ في المادة ٢٧ منه بأنه (على الرغم من وجود أي نص مخالف في أي قانون آخر ، يجوز لأية دائرة أو جهة تابعة للحكومة ،في أداء المهمات المناطة بها بحكم القانون ، أن تقوم بما يلي: أ- ...... ب- إصدار أي أذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة في شكل سجلات إلكترونية...).

وبعبارة أخرى إمكانية اتخاذ القرارات الإدارية بطريقة إلكترونية ، وهنا يمكن تشريع الأنظمة التي تحدد اختصاصات كل وسيط إلكتروني مؤتمت لممارسة الأعمال الإدارية التي يمكن مزاولتها إلكترونياً، وفي هذا السياق عرف قانون دبي المعاملات الإلكترونية المؤتمتة في المادة (٢) منه بأنها (معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية ، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال آو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي ، كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات).

من جانب آخر يمكن للقضاء أن يستخلص بعض قواعد الاختصاص من المبادئ العامة غير المكتوبة ، كما في استخلاصه لقاعدة توازي الاختصاصات ، والتي يقصد بها أنه لو وجد نص يحدد اختصاص هيئة إدارية معينة لاتخاذ قرار معين ، ولم يحدد النص المذكور الجهة أو الهيئة المختصة بتعديله أو إلغائه ، فان الاختصاص المذكور يتحقق لنفس الهيئة المختصة باتخاذ القرار إبتداءاً [1].

---

(١)

Laubadere (D.) ،Claude Venezia (J.) ،Gaudemet (Y.), Traité de droit administratif, Droit administratif général: Organisation et action de l'administration, La juridiction administrative , Tome 1 ,L.G.D.J., 1 édition,p.335.

(٢) خصائص قواعد الاختصاص:

تكون قواعد الاختصاص ذات صفة إلزامية بالنسبة للهيئات والموظفين العموميين ، كما إن ركن الاختصاص في القرار الإداري الإلكتروني يتحقق عند الوسيط الإلكتروني المؤتمت بمجرد تحديد البرنامج المختص بالقيام بأعمال معينة دون غيره ، وبعبارة أخرى فأن هذا التحديد هو الذي يضفي صفة الإلزام لقيام الوسيط الإلكتروني بهذه الأعمال وبالنظر لاعتبار هذه القواعد من النظام العام، عليه لا يجوز مخالفتها سواء من الموظفين أو الأفراد المتنفعين وبالتالي يجوز الطعن بمخالفة القواعد المذكورة أمام القضاء في أي مرحلة من مراحل الدعوى ، وهذا الحال ينطبق على القرار الإداري الإلكتروني حينما يصدر عن وسيط إلكتروني مؤتمت غير مختص بالأعمال المطعون فيها.

كما يمكن للقاضي إثارة عدم الاختصاص من تلقاء نفسه ، ولا يمكن تغيير قواعد الاختصاص باتفاق الإدارة مع الأفراد، كذلك فان صاحب الاختصاص لا يملك صلاحية تفويض اختصاصه إلا بنص القانون، كما يجب الالتزام بعدم التوسع في تفسير قواعد الاختصاص، إذ ينبغي تفسيرها تفسيراً ضيقاً [1] ، وبالنسبة للقرار الإداري الإلكتروني فان هذه المسألة تتخذ شكلاً آخر، إذ أن المفترض بالوسيط الإلكتروني المؤتمت أن يلتزم بالقواعد التي برمج عليها ، بعبارة أخرى ، إن الطبيعة الإلكترونية لهذا الوسيط تلزمه حرفياً بما تم تزويده به من اختصاصات ، فهو لا يملك –حالياً– إمكانية التفسير ، بل هو يقوم آلياً بما برمج عليه لأداء الأعمال، وبذلك فإن مبرمج الوسيط الإلكتروني هو الملزم بعدم التوسع في تفسير قواعد الاختصاص ، وليس للوسيط الإلكتروني إلا أداء الأعمال المنوطة به حرفياً.

(٣) صور ركن الاختصاص:

يمكن تنظيم الاختصاص بصور متعددة ، فقد يحصر المشرع اختصاصاً معيناً

(١) د. علي محمد بدير ، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٢٠.

بهيئة إد ارية واحدة دون غيرها ، فيسمى بالاختصاص المانع ، كونه يمنع بقية الهيئات من ممارسة هذا الاختصاص[1] ، ولا توجد صعوبة في تفسير إمكانية حصر اختصاص معين لوسيط إلكتروني واحد لممارسة الاختصاص المذكور دون غيره ، كبرمجته على تنظيم استلام معاملات معينة وتأكيد استلامها دون غيره من الوسطاء.

كما يمكن منح عدة هيئات إدارية إمكانية إصدار قرار معين ، ويجوز لكل منها ممارسة هذا الاختصاص ، بحيث يصبح الاختصاص متعدد الجهات[2] ، وهنا يمكن تصور هذه الحالة ببرمجة أكثر من وسيط على القيام بعمل معين فيتعدد الوسطاء المبرمجين لأتمتة عمل إداري معين ، وقد يتعدد أصحاب هذا الاختصاص ويتنوعون بين وسطاء وموظفين عموميين.

وقد ينص القانون عى الاختصاص الجماعي، حينما تسهم أكثر من هيئة في اتخاذ قرار إداري معين يحتاج إلى تعاون هذه الهيئات[3] ، فعملية التعيين مثلاً قد تتم بداية باستلام البيانات وتدقيقها من قبل وسيط إلكتروني يرسلها إلى رئيس الدائرة بعد توفر الشروط المطلوبة ليصدر الأخير قرار التعيين.

(٤) عناصر الاختصاص:

لكي يكون القرار الإداري صحيحاً يجب أن تتوافر فيه عناصر أربعة ، وهي: العنصر الشخصي والعنصر الموضوعي والعنصر الزماني والعنصر المكاني

العنصر الشخصي:

ويقصد به أن يصدر القرار الإداري من الهيئة أو الموظف المحدد بالقانون لاتخاذ هذا القرار دون غيره ، وبالحدود التي نص عليها القانون ، وهذا العنصر يتحقق وجوده القانوني بوجود قرار صحيح بالتعيين إن كان صاحب

---

(١) د. شاب توما منصور ،القانون الاداري،الكتاب الثاني، بغداد، ١٩٨٠م، ص٤١ وما بعدها.

(٢) د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق،ص١٦٢ .

(٣) د. سامي جمال الدين ،المنازعات الإدارية، منشأة المعارف،الاسكندرية ، ص١٠٨ .

الاختصاص موظفاً عاماً ، وقرار بالتشكيل بالنسبة للهيئة الإدارية المختصة ، وهذا القرار هو الذي يجعل من الموظف او الهيئة عضواً تابعاً للدولة له صلاحية وإمكانية التعبير عنها[1] ، ولذلك فإن العنصر الشخصي في الوسيط الإلكتروني المؤتمت يتحقق باتخاذ قرار يجعل من برنامج إلكتروني معين جهة للتعامل معها وعضواً في الحكومة الإلكترونية له إمكانية اتخاذ القرارات الإدارية.

وإذا لم يوجد مثل هذا القرار في التعيين أو التشكيل ، فلا يمكن اعتبار الشخص الطبيعي أو الهيئة عضواً في الدولة . ولذلك تكون القرارات الصادرة عنهما معدومة باستثناء حالة الموظف الفعلي ، حيث يمكن تصحيح أعماله والنتائج المترتبة عليها[2].

وعليه فإن الوسيط الإلكتروني المبرمج خارج نطاق الحكومة الإلكترونية وداخل شبكة الانترنت ،لا يملك اختصاص ممارسة الأعمال الحكومية وتعتبر القرارات الصادرة عنه معدومة ولا اثر قانوني لها.

كما يمكن تطبيق نظرية الموظف الفعلي على الوسيط الإلكتروني المؤتمت بنفس الشروط المحددة لهذه النظرية.

هذا وإن من مفاهيم العنصر الشخصي لركن الاختصاص ، هو إن القانون عندما يحدد هيئة أو موظف لممارسة اختصاص معين ، فان هذا الاختصاص يكون شخصياً للجهة المذكورة دون غيرها ،واستثناء من ذلك يمكن تطبيق حالات التفويض والحلول والإنابة بعد توافر شروط معينة.

- **التفويض:**

يتم بأن يعهد العضو الإداري او الهيئة الإدارية المختصة بجزء من الصلاحيات إلى عضو أو هيئة أخرى لممارسة هذه الصلاحيات ولمدة مؤقتة ، ويشترط لصحة التفويض ما يأتي:

---

(١) د. علي محمد بدير ، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٢١ .

(٢) د.نواف كنعان ، القانون الإداري، مرجع سابق، ص٢٦٠.

١-أن يكون هناك نص قانوني يجيز التفويض.

٢-أن يكون المفوض له عضواً إدارياً.

٣-أن يكون التفويض مؤقتاً.

٤-عدم جواز تفويض التفويض إلا بنص قانوني.

٥-أن يكون التفويض جزئياً لا كلياً.

٦-أن ينشر قرار التفويض بشكل أصولي.

والتفويض نوعان ، تفويض الاختصاص وتفويض التوقيع ، أما الأول فيقود إلى إعادة تعديل الاختصاص بين أعضاء الإدارة بحيث ينتقل الاختصاص مؤقتاً من عضو إلى آخر.

أما تفويض التوقيع فيقصد به أن يعهد صاحب الاختصاص بتوقيعه إلى عضو آخر ليمارسه بدلاً عنه، بحيث نتخذ المفوض له القرار باسم صاحب الاختصاص الأصيل بهدف التخفيف من اعباء هذا الأخير[1]، ويمكن تصور عملية التفويض في نطاق الحكومة الإلكترونية، بان يكون هناك أكثر من وسيط إلكتروني مبرمج لأداء العمل ، بعبارة أخرى أن يكون هناك وسيط واحد يمارس العمل الموكول به ، وفي الوقت نفسه يتم برمجة أوساط أخرى احتياطية تكون مساندة للوسيط الأصلي ، فينص القانون ويبرمج الوسيط بشكل يؤدي إلى أن يفوض الوسيط الإلكتروني المؤتمت الأصلي جزء من صلاحياته إلى وسيط آخر لممارستها مؤقتاً ، كما لو أن الوسيط الأصلي يمارس مهام التعيين والترفيع والاستقالة ، ثم حدث زخم في عملية الترفيع ، فحينها يتم تفويض هذا الاختصاص إلكترونياً إلى وسيط آخر لممارسة هذا العمل ، وهذا بالنسبة لتفويض الاختصاص ، أما تفويض التوقيع فنعتقد بأنه ليس بالإمكان تطبيقه بالنسبة للحكومة الإلكترونية ، لأنه شخصي أولاً ولأنه بعيد عن تحقيق نتائج عملية ثانياً.

---

(١) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤م،ص٣١١ وما بعدها

الحلول:

ويقصد به الحالة التي يمتنع فيها على صاحب الاختصاص الأصيل من ممارسة اختصاصه بسبب تغيبه مثلاً أو حدوث مانع يمنعه من ذلك ، أو لامتناعه شخصياً عن ممارسة هذا الاختصاص ، وحينها يتم الحلول للعضو أو الهيئة الإدارية التي عينها المشرع لمعالجة الحالة المذكورة وممارسة الاختصاص لاستمرار ديمومة العمل الإداري[1].

ويمكن افتراض الحلول في مجال القرار الإداري الإلكتروني ، حينما يصيب الوسيط الإلكتروني المبرمج الأصلي عطلاً ما كفيروس أو ما شابه ، فحينها يكون القانون قد حدد وسيطاً آخر ليحل محل الوسيط الأول في ممارسة الأعمال الإدارية.

الإنابة:

وهي حالة تعذر ممارسة الاختصاص من قبل صاحبه الأصلي لنفس الأسباب المذكورة في الحلول بيد أن الإنابة تكون عن طريق إنابة عضو أو هيئة إدارية لممارسة هذا الاختصاص عن طريق سلطة عليا تعين النائب لحين زوال الأعذار المانعة من ممارسة الاختصاص[2] .

العنصر الموضوعي:

ويقصد به وجوب اتخاذ القرار الإداري من قبل الموظف العام أو الهيئة الإدارية المختصة قانوناً باتخاذه ، فالمعروف أن المشرع يحدد الاختصاصات ويوزعها على الأعضاء الإداريين بشكل يمنع فيه تجاوز هذه الاختصاصات، وإلا أصبح القرار معيباً بعيب عدم الاختصاص ، كما لو اصدر وزير ما قراراً إدارياً من اختصاص وزير آخر ، أو أن تصدر هيئة إدارية قراراً من اختصاص

---

(١) د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق،ص١٧٣.

(٢) د. محمود إبراهيم الوالي ، نظرية التفويض الإداري ، دار النهضة العربية،القاهرة ،١٩٧٩م، ص١٩٦.

السلطة التشريعية أو القضائية أو حالة اعتداء هيئة إدارية عليا على اختصاص هيئة إدارية دنيا أو العكس[1]

ويبدو جلياً موضوع هذا العنصر في نطاق القرار الإداري الإلكتروني حينما يحدد لكل برنامج مؤتمت اختصاص معين يمنع تجاوزه، كما يمنع على أي موظف او هيئة إدارية ممارسة هذا الاختصاص في حالة عدم وجود نص قانوني يسمح بذلك، ناهيك عن عدم جواز وضع برنامج يقود إلى التجاوز على اختصاصات السلطتين التشريعية والقضائية. وإلا أصبح القرار الصادر معيباً بعيب عدم الاختصاص.

العنصر الزماني:

ويقصد به إمكانية اتخاذ القرار الإداري خلال مدة زمنية محددة، تتمثل في تاريخ منح الاختصاص للموظف أو الهيئة الإدارية والى حين إنهائه. كما في حالة تحديد الوقت بالنسبة للموظف العام لاتخاذ القرار الإداري للمنصب الذي تقلده، فيكون من تاريخ التعيين أو الترقية أو التنسيب أو التوكيل..الخ، وينتهي بانتهاء هذا التقليد للأسباب المحددة قانوناً. أما إذا تم اتخاذ القرار الإداري خارج نطاق هذه المدة سواء قبلها أو بعدها؛ فيكون القرار معيباً بعيب عدم الاختصاص[2]، وبالنسبة للوسيط الإلكتروني المؤتمت، فقد يكون محدداً بوقت معين لممارسة اختصاصاته كما لو أن المدة حددت من تاريخ تنزيل البرنامج في موقع الوزارة مثلاً، والى حين إنهاء عمله من قبلها حسب ما تراه محققاً للمصالحة العامة ،ويكون ذلك باتخاذ قرار استخدام البرنامج وقرار الاستغناء عنه، فإذا ما صدر قرار بالاستغناء عنه، بيد أن اموظف المسؤول أهمل إلغاء أو إيقاف البرنامج واستمر الوسيط في عمله فحينها تكون قراراته معيبة بعيب عدم الاختصاص أو على العكس إذا ما قام مبرمج البرنامج أو الوسيط مثلاً، بتنزيله إلى العمل قبل اتخاذ قرار أعماله، فأيضاً تكون قراراته باطلة كونها لا تستند إلى سند قانوني يجيز ممارسة العمل المكلف به.

---

(١) د.نواف كنعان، القانون الإداري، مرجع سابق، ص٢٦٠.

(٢) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق،ص٢٧٠.

العنصر المكاني:

ويقصد به تحديد ممارسة الاختصاص برقعة جغرافية معينة ، فقد تمتد هذه الرقعة لتشمل إقليم الدولة بالكامل . كما في اختصاصات رئيس الدولة ، ومجلس الوزراء والوزراء وموظفي وهيئات الإدارة المركزية حسب اختصاصاتهم . وقد يقيد صاحب الاختصاص برقعة جغرافية محددة ، لا يجوز تجاوزها عند ممارسة اختصاصه، كما هو الحال بالنسبة للإدارة اللامركزية كالمحافظ والقائم مقام ومدير الناحية ورئيس البلدية وكذلك الحالة بالنسبة للأقاليم إن وجدت[1].

وعلى ذلك فإن لكل صاحب اختصاص نطاق مكاني محدد يسمح له بممارسة اختصاصه فيه ، وإذا ما تجاوز هذا النطاق أصبح قرار معيباً بعيب عدم الاختصاص.

ويحدد اختصاص الوسيط الإلكتروني المؤتمت باختصاص الجهة التي أعدته وأعملته في النطاق العملي ، فإذا ما كانت هذه الجهة مركزية فعندها يكون اختصاص الوسيط المكاني مركزياً يشمل إقليم الدولة كله ، وبالعكس إذا ما كانت الجهة لا مركزية.

وما تجدر به الإشارة إلى أن المشرع أحياناً يستلزم اتخاذ القرار الإداري من قبل صاحب الاختصاص في المكان الرسمي المحدد لذلك ، كما في اشتراطه اجتماع الهيئة أو اللجنة المختصة في المكان المحدد للاجتماع قانوناً ، وإلا أصبح القرار الإداري الصادر في غير هذا المكان قراراً معيباً بعيب عدم الاختصاص[2]

بيد أن هذه الإشارة لا تنطبق على اختصاص القرار الإداري الإلكتروني ذلك أن الوسيط المؤتمت وحالما يدخل حيز العمل يصبح في لا مكان ، فهو لا يمكن عده موجوداً أو غير موجود في موقع الوزارة الإلكتروني (Website) مثلاً ، في مقر الوزارة أو الدائرة المختصة ، فهو هنا يصبح موجوداً في كل مكان ،

---

(١) د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص١٦٠.

(٢) د.نواف كنعان ، القانون الإداري، مرجع سابق، ص٢٦١.

في الدولة وفي الدول الأخرى في بقية القارات بل حتى في الفضاء الخارجي حيث تتحكم الأقمار الصناعية بشبكة الانترنيت ، وبإمكان أي شخص في العالم يدخل على هذه الشبكة الولوج إلى هذا الوسيط .

ثانيا : ركن الشكل

إن القرار الإداري هو تصرف قانوني إرادي يصدر عن الإدارة بإرادتها المنفردة ، وينبغي أن يتخذ التصرف المذكور شكلاً أو مظهراً خارجياً معيناً بغض النظر عن أوصاف هذا الشكل ، فالأصل إن الإدارة غير ملزمة بأوصاف معينة لشكل القرار الإداري ، إذ يكفي أن يصدر القرار بشكل يوضح فيه نية الإدارة في اتخاذه وبالطريقة التي يفهمها جمهور المتعاملين معها [1]، ورغم ذلك فان القانون قد يستلزم إتباع إجراءات وشكليات محددة لاتخاذ القرار الإداري ، ويطلق عليها بقواعد الشكل والإجراءات في القرار الإداري ، والتي إن غابت عن القرار المذكور أمسى معيباً قابلاً للالغاء[2].

وقد أولى الفقه هذا الاهتمام بشكل القرار الإداري على استناد كونها ضمانات لحماية مصلحة الأفراد والإدارة معاً، لمنع حدوث أي تسرع أو ارتجال في غير محله يقود الى اتخاذ قرارات متسرعة مخالفة للقانون تؤدي إلى الإضرار بالأفراد والإدارة [3].

وفي نطاق القرار الإداري الإلكتروني ، نجد أن القوانين المنظمة للتعامل الإلكتروني، تفسح المجال لاتخاذ الشكل المناسب لهذا القرار وبأي وصف تراه مناسباً ، ومع ذلك قد يستلزم القانون شكليات وإجراءات معينة قد تتشابه وقد تختلف عن تلك التي يستلزم توافرها في القرار الإداري العادي ، بيد أن المعروف هناك شكليات وإجراءات لم يعرفها القرار العادي سابقاً ، وجدت في ظل التعامل الإلكتروني[1].

---

(١)

Laubadere (D.) ،Claude Venezia (J.)، Gaudemet (Y.), Traité de droit administratif ,Op.Cit.,p.242.

(١) مصادر قواعد الشكل والإجراءات في القرار الإداري:

تجد قواعد الشكل والإجراءات مصادرها في المجموعات القانونية التي أصدرتها بعض الدولة لتقنين هذه القواعد[١] في حين تجد الدول الأخرى هذه المصادر في الدستور وفي مختلف القوانين والأنظمة والتعليمات، كما أن القضاء الإداري يستخلص الكثير من هذه القواعد سواء من خلال معالجته لحالات النقص والغموض التي تعتري النصوص القانونية ، أو عن طريق تفسيره لها . فضلاً عن المبادئ العامة للقانون التي تشكل مصادر مهمة لهذه القواعد، وينطبق على القرار الإداري الإلكتروني ما ينطبق على القرار العادي ، إذ يجد هذا القرار قواعد الشكل والإجراءات المتعلقة به ، في المصادر سابقة الذكر ، وعلى سبيل المثال نص قانون إمارة دبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية ، على إمكانية استخدام السجلات الإلكترونية في إصدار القرارات الإدارية[٢] .

(٢) شكل القرار الإداري وإجراءاته :

إن المظهر الخارجي للقرار الإداري قد يتعلق بإجراءات سابقة على اتخاذه كطلب المشورة أو تشكيل لجان معينة أو غيرها ، كما انه قد يتعلق بصياغة هذا القرار.

شكل القرار الإداري:

استقر الفقه والقضاء على أن القرار الإداري يمكن أن يتخذ أي شكل تراه الجهة التي اتخذته انه مناسباً لتحقيق الهدف المرجو منه ، وبذلك أن الإدارة غير ملزمة باتخاذ القرار الإداري بشكل معين ، ما لم يلزمها القانون بأوصاف معينة ينبغي أن تتوفر في صيغة القرار الإداري، وعليه يمكن ان يصدر القرار بصورة كتابية أو شفاهية أو رمزية بالإشارة ، أو عن طريق التلكس الذي اعتبره القضاء

---

(١) د. علي محمد بدير ، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٢٩ .

(٢) المادة (٢٧/ ١/ ب) من القانون.

الإداري الفرنسي شكلاً من أشكال القرار الإداري[1].

وإلى حين ظهور مفاهيم الحكومة الإلكترونية كأن يعتبر (التلكس) هو احدث أجهزة الاتصال وعلى أثره قرر القضاء الإداري الفرنسي إعتباره وسيلة من وسائل تعبيره الإدارة عن إرادتها المنفردة بإصدار القرارات الإدارية.

ومع ظهور الحكومة الإلكترونية ظهرت أشكال جديدة للقرار الإداري الإلكتروني، فاستناداً إلى قانون إمارة دبي يمكن حسب المادة (٢٧/ ١/ ب) للإدارة العامة (دائرة أو جهة تابعة للحكومة) ، أن تتخذ القرارات الإدارية في شكل سجلات إلكترونية ، والسجل أو المستند الإلكتروني حسب تعريف قانون دبي (سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية على وسيط ملموس أو على أي وسيط الكتروني آخر ، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه).

وبذلك يمكن للإدارة اتخاذ شكل إلكتروني للقرار الإداري عن طريق الوسيط الإلكتروني المؤتمت ، وهذه الإشكال الإلكترونية هي عبارة عن معلومات إلكترونية ، عرفها القانون بأنها (معلومات ذات خصائص إلكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج حاسب آلي أو غيرها من قواعد البيانات). بيد أن المهم حسب ما استقر عليه الفقه والقضاء سابقاً ، وما جاء به قانون إمارة دبي أن يكون هذا الشكل الإلكتروني (قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه) أي أن يصدر بطريقة مفهومة للجمهور.

كذلك ينبغي أن يتضمن القرار الإداري توقيع متخذه أو التوقيع المجاور ، حسب ما يستلزمه القانون ، وإلا اعتبر القرار معيباً في شكله[2] .

والتوقيع الإلكتروني هو شكل من أشكال القرار الإداري الإلكتروني ، وقد

---

(١) د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق،ص١٨٢ .

(٢) د. عثمان عبد الملك الصالح، السلطة اللائحية للادارة في الكويت والفقه المقارن واحكام القضاء، الكويت ، ١٩٧٧ م،ص١٥ وما بعدها.

عرفه قانون إمارة دبي بأنه (توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو إعفاء تلك الرسالة).

ويختلف هذا التوقيع عن التوقيع الكتابي، كما انه يتميز بتيسير انجاز المعاملات الإلكترونية وتسهيلها، وهو لا يتم بالطريقة الكتابية التقليدية وإنما عن طريق حروف أو رموز أو أرقام أو بصمة صوت أو نظام خاص للمعالجة، بحيث يحقق مصداقية القرار أو الرسالة أو الوثيقة الإلكترونية الحاملة لهذا التوقيع. ومثاله الصراف الآلي وبطاقة الائتمان المعتمدة كالفيزا كارد مثلاً، فصاحب البطاقة يدخلها في الصراف الآلي لغرض سحب مبلغ من المال، ثم يدخل رقمه السري، ويطلب المبلغ المراد سحبه، فتتم المعاملة بطريقة إلكترونية، وتنجز استناداً إلى توقيع صاحب البطاقة وهو الرقم السري الذي يعد بمثابة توقيع إلكتروني يتخذ شكل أرقام سرية لا يعرفها إلا صاحب البطاقة.

وبذلك فإن القرار الإداري الإلكتروني يمكن أن يتخذ بتوقيع إلكتروني أيضاً ويتمتع التوقيع المذكور بالحجية وبالقيمة نفسها التي يتمتع بها التوقيع المكتوب، وهذا ما نصت عليه القوانين المنظمة له، كما في قانون إمارة دبي، والقانون التونسي الصادر عام ٢٠٠٠، والقانون الفرنسي رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠[1].

إجراءات القرار الإداري:

الإجراءات هي مجموعة الخطوات والتصرفات والأعمال التي ينبغي على الإدارة اتخاذها قبيل صدور قرارها الإداري، فقد يفرض القانون أحياناً على الإدارة القيام ببعض الخطوات لغرض اتخاذ القرار الإداري، وحينها يلزم عليها إجراء اللازم بهذا الخصوص وإلا اعتبر قرارها معيباً قابلاً للإلغاء ومن أمثلة هذه الإجراءات ما نصت عليه بعض قوانين الوظيفة العامة من وجوب الاعلان

---

(١) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، الكتاب الثاني" النظام القانوني للتجارة الالكترونية في دولة الامارات العربية المتحدة "، دار الفكر العربي، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٨٢-٨٣.

عن الوظائف الشاغرة ، قبل التعيين ومقابلة المتقدمين ، وفحص الشروط المطلوبة لاجراء عملية مفاضلة بين المتقدمين لهذه الوظائف.

ويمكن عن طريق الوسيط الإلكتروني المؤتمت إجراء قسم كبير من هذه الإجراءات في حين يتعذر حالياً إجراء القسم الآخر ، إذ من الممكن أن يقوم الوسيط المذكور ، وبعد برمجته ومده بالبيانات ، أن يعلن عن الوظائف الشاغرة ، وان يتقدم باستفسارات معينة يتم صياغتها سابقاً ، للمتقدمين كشكل من أشكال المقابلة أو التعرف إلى الشخص المتقدم. وهذا ما يحصل فعلاً حالياً على شبكة الانترنيت ، إذ يتم الإعلان عن الوظائف الشاغرة في أنحاء العالم كافة ، وبإمكان الراغبين تقديم سيرتهم الذاتية وما شابه إلى المواقع التي أعلنت عن الوظيفة ، حيث يجري إلكترونياً طلب معلومات من المتقدمين بصيغة مقابلة ، وليتم بعد مدة إعلامهم بالموافقة المبدئية وأحياناً النهائية لتولي الوظيفة المعلن عنها.

أما ما يخص إجراء استشارة أو استفتاء لجنة أو هيئة معينة قبل اتخاذ القرار الإداري ، والتي تكون أما اختيارية أو إلزامية دون الالتزام بالرأي أو الفتوى . أو تكون إلزامية مع الالتزام بالرأي أو الفتوى المعطاة [1]، فان إمكانية اتخاذ هذا الإجراء تتمثل في وضع بيان لدى الوسيط الإلكتروني المؤتمت ، يفرض عليه استشارة جهة معينة والالتزام بهذه الاستشارة.

أما الحالتان الأخريتان ، أي الاختيارية في الاستشارة والإلزامية في الاستشارة دون المشورة ، فنعتقد بعدم إمكانية تطبيقها حالياً في نطاق القرار الإلكتروني ، وذلك أن الغاية من اخذ المشورة أو النصيحة غير الملزمة هي توضيح الأمور والملابسات ، وشرح المفاصل المبهمة وإعطاء أكثر من رأي في الموضوع المطروح للتعرف على الخيارات من قبل صاحب الاختصاص في اتخاذ القرار الإداري ، ولحد الآن لم يصل الذكاء الاصطناعي إلى مرحلة تمكنه من الاستشارة والاختيار بالطريقة التي يمارسها الفرد العادي في نطاق الأعمال الإدارية .

---

(١) د. علي محمد بدير ، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٣١ .

ثالثا: ركن المحل

يعد القرار الإداري عملاً قانونياً يصدر عن جهة مختصة، ويقود إلى إحداث آثار قانونية معينة، تتمثل في إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية، وهذه الآثار هي التي تميز الأعمال القانونية عن الأعمال المادية للإدارة.

وهذه الآثار تمثل أيضاً محل القرار الإداري، فهي جوهر القرار ومادته[1] والتغيير الذي يحدث في الوضع القانوني القائم سواء بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية قائمة، هي محل القرار الإداري، كما في قرار تعيين شخص طبيعي في الوظيفة العامة، فمحل هذا القرار هو إدخال شخص في المركز التنظيمي للوظيفة وبسبب أهمية محل القرار الإداري، يسمى القرار باسم محله، كما في قرار التعيين، وقرار الاستقالة، وقرار التأديب، وغيرها[2].

وعبرت محكمة القضاء الإداري في مصر، عن محل القرار الإداري بقولها (فمن الأركان الأساسية للقرار الإداري أن يكون له محل. وهو المركز الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه، والأثر الذي يترتب عليه حالاً ومباشرة وهذا الأثر هو إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغاؤها، وبهذا يتميز محل العمل القانوني عن محل العمل المادي الذي يكون دائماً نتيجة مادية واقعية)[3].

هذا وقد تكون للإدارة سلطة تقديرية بشأن اختيار محل القرار الإداري، إذا ما نص القانون على حرية الإدارة في اختيار محل ما أو اختيار غيره أو عدم الاختيار أصلاً، في حين تكون هذه السلطة مقيدة، باختيار محل القرار في حالات أخرى.

وما يتعلق بالقرار الإداري الإلكتروني، فان محله ينطبق عليه ما ينطبق على محل القرار الإداري العادي، بيد أن محل الأول يكون دائماً محدداً، أي أن الوسيط الإلكتروني المؤتمت ليس له سلطة تقديرية في مجال اختيار محل القرار،

---

(١) د. علي محمد بدير، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٣٧.

(٢) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق،ص١٨٣.

(٣) د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق،ص١٨٣.

كونه مبرمج للقيام بعمل محدد ، ولم يصل التطور التقني لحد الآن إلى مرحلة تمكن الوسيط من التفكير لاختيار محل مناسب لقراره ، وان كان من الممكن أن يحصل هذا مستقبلاً.

رابعا : ركن الغاية

يقصد بالغاية أو الغرض الهدف الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه من اتخاذ القرار الإداري ، فهي النتيجة النهائية التي يستهدف تحقيقها رجل الإدارة.

والأصل أن غاية القرار الإداري هي تحقيق المصلحة العامة ، وإلا كان القرار معيباً في غايته ، علماً أن القرار الإداري هو وسيلة الإدارة لتحقيق المصلحة العامة [1]، كما إن الإدارة تلتزم في اتخاذ قراراتها بالأهداف المحددة قانوناً فتمسي هذه الأهداف هي المصلحة العامة، وفي حال مخالفتها تصبح القرارات المتخذة مشوبة بعيب إساءة استعمال السلطة [2].

وقد ذهبت غالبية الفقهاء إلى أن الغاية في القرار الإداري تمثل عنصراً ذاتياً ونفسياً، تكمن في تفكير صاحب القرار الإداري واتجاه رغبته إلى تحقيق المصلحة العامة عند اتخاذه للقرار.

في حين ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن الغاية تعد ركناً موضوعياً يتمثل في هدف تحقيق المصلحة العامة، والذي بسببه منح الاختصاص لصاحب القرار ليتخذه سعياً منه لتحقيق هذا الهدف، والصحيح أنه ينبغي لصحة ركن الغاية في القرار الإداري ان يتوافر فيه الجانبان الذاتي والموضوعي، إذ ينبغي أن يكون القصد الذاتي للجهة الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة ، كما أن النتيجة النهائية للقرار والتي حددها القانون أي المصلحة العامة ، يجب أن تكون موجودة ، سواء كانت محددة أو غير محددة ، بيد أن القانون هو الذي كرسها في عملية اتخاذ القرار بعيداً عن نفسية متخذه [3] .

---

(١) د. محمود فؤاد مهنا ، القرار الاداري في القانون الاداري المصري والفرنسي،بحث منشور في مجلة الحقوق،العدد الثالث والرابع، ١٩٥٨ م،ص ٧.

(٢) د. علي محمد بدير ، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٤٤٠ .

(٣) د.نواف كنعان ، القانون الإداري، مرجع سابق، ص٢٧٧.

خامسا : ركن السبب

ركن السبب في القرار الإداري هو مجموعة الحالات القانونية والمادية السابقة على اتخاذ القرار والدافعة للجهة الإدارية لاتخاذه.

وعلى ذلك لا يمكن للجهة الإدارية اتخاذ القرار إلا إذا ما توفر سبب قانوني أو واقعي ، أو مجموعة أسباب تدفع الإدارة إلى إحداث اثر قانوني من خلال إصدار قرار إداري، وبذلك فان أسباب اتخاذ القرار الإداري أما أن تكون قانونية وأما أن تكون مادية، فالأولى قد تتخذ شكل نص دستوري أو نص تشريعي أو مبدأ من مبادئ القانون العام أو حكم قضائي أو غيره من القواعد التي تعد بمثابة قاعدة قانونية تشكل الأساس القانوني للقرار، أما الأسباب المادية أو الواقعية فهي مجموعة الأعمال أو التصرفات أو الوقائع المادية الدافعة لاتخاذ القرار الإداري ، كما في طلب الاستقالة ، أو حالات الاضطراب الأمني أو البيئي[1] .

وركن السبب في القرار الإداري الإلكتروني لا يختلف في طياته عن الركن في القرار الإداري العادي ، فالأسباب المذكورة أعلاه ، تدفع بالبرنامج الإلكتروني المؤتمت الى اتخاذ قراره إذا ما توافرت أسبابه.

بيد أن هناك مسألة تتعلق بسلطة الجهة الإدارية في اتخاذ القرار الإداري ، وفيما إذا كانت هذه السلطة مقيدة أم تقديرية .

فإذا ما كانت سلطة الإدارة مقيدة بالأسباب المحددة في القانون فليس لها والحالة المذكورة أن تتعدى هذه الأسباب، أما إذا كانت تملك سلطة تقديرية في تحديد أسباب القرار الإداري فلها أن تستند للأسباب التي تراها مناسبة في اتخاذ قراراتها.

---

(١) ولابد من التنويه هنا بين الفرق بين سبب القرار الإداري وتسبيبه، حيث أن سبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية أو القانونية السابقة على القرار والدافعة إلى تدخل الإدارة لاتخاذ قرار معين لمواجهة هذه الحالة، أما التسبيب فهو الإشارة إلى الحالة الواقعية أو القانونية التي أدت بالإدارة إلى اتخاذ القرار.

ولكن ما يخص القرار الإداري الإلكتروني، فانه في وضعه الحالي لا يمكن القول بإمكانية البرنامج الإلكتروني المؤتمت على تقدير أسباب القرار، فهو لا يتمتع بالسلطة التقديرية ، وأسبابه تكون دائماً محددة على سبيل الحصر ، ولكن قد تتطور الأمور ويكون بإمكان البرنامج الإلكتروني المؤتمت إذا ما تم العمل به وفق أسلوب التفكير الاصطناعي، أن يمارس مهام وصلاحيات السلطة التقديرية في تقدير أسباب القرار الإداري الإلكتروني.

المطلب الثاني
أركان العقد الإداري الإلكتروني

يقوم العقد الإداري على أركان ثلاثة، شأنه فى ذلك شأن العقد الخاص وهذا الأركان هى: الرضاء ، المحل ، و السبب.

ويعنى **الرضا**: تلاقى الإيجاب والقبول من الإدارة والمتعاقد معها،أو هو التفاهم بين الطرفين المتعاقدين والتعبير عن إراداتها دون إخلال بالنصوص القانونية، والرضا بالنسبة للإدارة كطرف في العقد يجب ان يكون صادرا من الجهة المختصة بالتعاقد وفقاً لمنظم المقررة من حيث الاختصاص والشكل(١)، وإبرام العقد باسم الإدارة لا يملكه إلا أشخاص، بحيث لا يجوز لغيرهم ممارستهم، كما لا يجوز تفويض غيرهم في ممارسته إلا في الحدود وبالقيود التي يضعها المشرع(٢)، ومن جانب آخر لا يكفي وجود الرضا من جانب ممثل الإدارة فحسب بل يقتضي أن يكون هذا الرضا سليما خاليا من عيوب الرضا كالغلط والتغرير والإكراه والغبن، إضافة إلى عيوب الأهلية، والقضاء الإداري يسلك مسلك القضاء المدني في إبطال العقود الإدارية التي يشوبها عيب من هذه العيوب السالفة الذكر، ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٦ ابريل سنة ١٩٥٠ الذي أبطل عقداً إداريا بسبب الوقوع في الغلط (.. حيث تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية، في حين ان الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلاً للشركة) (٣)، ولما كانت الإدارة طرفاً في العقد الإداري لم يعد البحث عن ممثل الإدارة أمرا مهماً وذلك لأن

---

(١) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٨١، ص ١٥

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية" دراسة مقارنة"، مطبعة عين شمس، القاهرة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٤م، ص٣٢٤.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية" دراسة مقارنة"،المرجع السابق، ص٣٥٠.

إجراءات إبرام العقد الإداري كفيلة بالتأكد من وجود ممثل الإدارة ومن التعبير عنها أو من سلامتها من العيوب[1].

...د صور التعبير عن الإرادة في العقد الإداري الإلكتروني، فقد يتم التعـ ـن الإرادة إلكترونيا عن طريق االبريد الإلكتروني E- Mail، أو عن طريق موقع الإنترنت Web sites، أو عن طريق المحادثة Intern... Relay Chat، وأيا كانت الوسيلة التي تتم بها التعبير عن الإراد ـ العقد الإداري الإلكتروني، فلابد أن تكون خالية من عيوب الإرادة وهو الغلط والتدليس والغبن والإكراه.

ويعتبر عيب الغلط من العيوب الكثيرة الحدوث عبر شـ ـة المعلومات ـدولية، أيا كانت نوع التعاقد سواء كان إداري أو مدني أو ...ي، ، والغلط المقصود هنا هو الغلط الذي الجوهري الذي يقع عا ـات الشيء ، أو على شخص المتعاقد، أو طبيعة العقد (المادة ١٢١ مدني)، حيث إذا كان الغلط مجرد غلط مادي، لا يكون له أي أثر في تكوين الإرادة حيث يطرأ ـعد تكوينها، فإن ذلك لا يؤثر في تكوين العقد الإداري الإلكتروني[2].

وأتاح القضاء الفرنسي للمتعاقد عبر شبكة المعلومات الدولية، إبطال العقد بسبب التدليس الناجم عن الكتمان التي يتيح له حسن الاستخدام، والتعاقد بالتالي في ظل إرادة واعية ومبصرة[3]، وإذا ما تم كتمان بعض المعلومات عن الملاءة المالية للمتعاقد بالشكل الذي يضر الإدارة مثلا، فإن من حق الإدارة أن تطلب طلب إبطال العقد بناء على التدليس الناتج عن الكتمان، حيث ينتشر على شبكة المعلومات الدولية تعمد نشر بيانات ومعلومات غير

---

(١) د. محمود حلمي ، العقد الإداري، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي،القاهرة، ١٩٧٧م، ص ٧ .

(٢) تقضي المادة ١٢٣ مدني بأن " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب، ولا غلطات القلم وجب تصحيح الغلط"

(٣)

Chestin (J.), les liens de dol dans la formations du contrat et ue l'obligation precontractuelle de renseignement , Cass,Civ., 3 eme Ch. 3 Fev, 1981, Dalloz,1984,jur.,p.457.

صحيحة عن بعض الشركات التي توحي بملاءتها المالية، وتقوم الإدارة بالتعاقد معها وتكتشف بعد ذلك عدم صحة المعلومات الخاصة بالوضع المالي للشركة.

ويصعب تصور الإكراه في العقد الإداري الإلكتروني، لأن التعاقد الإلكتروني الذي يتم بين طرفين يفصل بينهما مكان ويجمعهما مجلس عقد حكمي وليس حقيقيا، وإن كان من الممكن حدوثه أحيانا بسبب التبعية الإقتصادية ، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط العوز الإقتصادي، ويمكن تصور ذلك بصدد توريد المنتج واحتكار إنتاجه ثم بيع قطع غياره بشروط مجحفة ، ويضطر العميل إلى قبولها حيث لا بديل أمامه سوى قبول ذلك[1].

وأما **المحل**: فهو كل ما يلتزم به المدين سواء كان عملا أو امتناع عن العمل شريطه أن يكون قانوني، وهو أيضاً العملية القانونية التي يراد تحقيقها من حيث إنشاء حقوق والتزامات متقابلة للمتعاقدين، فيشترط به أن يكون موجوداً أو ممكناً، معيناً أو قابلاً للتعيين ومما يجوز التعامل به[2] ، أي يشترط بمحل العقد أن يكون معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أو بذكر الأوصاف المميزة لو كما يشترط محل العقد أن يكون مما يجوز التعامل به أي أن يكون مشروعا، والقضاء الإداري يطبق القواعد المدنية بهذا الشأن ما تستلزمه طبيعة العقود الإدارية، فمحل العقد يحدده الطرفان غير أن الإدارة قد تعدله بإرادتها المنفردة استنادا إلى الامتيازات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد[3] ، ومن أهم شروط صحة المحل شرط المشروعية وذلك بان يكون محل العقد مما يجوز التعامل به، فإذا كان غير مشروع يعد العقد باطلاً لمخالفته للنظام العام ومن الأمثلة على ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر سنة ١٩٦٦ التي أبطلت عقداً إدارياً أبرمته الإدارة مع احد الموردين لتوريد شوك وسكاكين وملاعق طبقاً لعينة تحتوي على نسب عالية من المواد

---

(١) د. محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية، ٢٠٠٣م، ص٧٥.

(٢) د . محمود حلمي ، العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٨ .

(٣) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، مرجع سابق، ص١٧ .

الضارة فقالت المحكمة في هذا الصدد (من حيث أن الثابت من التحميل أن من شان استعمال الأدوات محل العقد تعريض سلامة المستهلكين لخطر التسمم وهو أمر في ذاته مخالف للنظام العام،فان للنفس حرمة لا يجوز انتهاكها ..) [1] .

ويطبق القضاء بشأنه أيضاً قواعد القانون المدني أيضاً وذلك فيما عدا ما تستلزمته طبيعة العقود الإدارية، حيث أنه ثمة أمور يحرم المشرع التعاقد بشأنها صراحة مثال ذلك ما حرمه المشرع على العاملين بالدولة في التقدم بعطاءات أو عروض في المناقصات والممارسات التي تطرحها الجهات الإدارية التابعين لها، كما أن هناك بعض المسائل لا يجوز أن تكون محل تعاقد بين الإدارة والفرد، مثال ذلك اتفاق الإدارة مع موظفيها لإنقاص المزايا التى تضمنها لهم المراكز النظامية العامة أو الوظيفة العامة.

ويكون المحل في العقد الإداري الإلكتروني معينا عن طريق وصف المنتج أو الخدمة وصفا مانعا من الجهالة على شاشة الكمبيوتر عبر شبكة المعلومات الدولية ، سواء من خلال صفحات الويب أو الكتالوج الإلكتروني، والمقصود بالمعاينة هو الاطلاع على المبيع إطلاعا يمكن من معرفة حقيقته وفقا لطبيعته، وذلك بالطرق التي يمكن أن يتحقق بها العلم الكافي لدي العميل بحقيقة المبيع والمعاينة التي يتحقق معها العلم الكافي لدى العميل بحقيقة المبيع، هي التي تحصل عند إبرام العقد، بحيث يرد العقد على المبيع، وهو معلوم للمشتري علما كافيا[2] .

ويعرف **السبب**: بأنه الغرض الذي يقصده المتعاقدين من هذا الاتفاق، وتكاد أحكام القضاء الإداري تكون قليلة في هذا الشأن وسبب ذلك أنه من النادر أن تتعاقد الإدارة دون سبب أو بسبب باطل، ولكن فى الجملة يمكن

---

(١) القضية ١٣٠٣ في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثاني عشر، القاهرة، ص ٥٠٢ .

(٢) د.ممدوح مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٨م، ص٣٣٤.

القول أن السبب ركن جوهري وأساسي فى العقد الإداري، وأنه محكوم فى المقام الأول بالقواعد المدنية هو الآخر، مع مراعاة ما يتعلق بطبيعة العلاقات الإدارية، بعبارة أخرى، أنه من النادر أن ينعدم السبب في تصرفات الإدارة ، كما يندر أن تتعاقد الإدارة دون سبب أو بسبب باطل وذلك لأن الدوافع التي تبعث الإدارة على التعاقد تتمثل دائما بتحقيق المصلحة العامة وفي ضرورات سير المرافق العامة) [1] ، وأحكام القضاء الإداري الخاص ة بركن السبب في العقد الإداري قليلة جداً، وأول حكم يشير بصراحة إلى ركن السبب هو حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٩ يناير سنة ١٩٤٧ في القضية (Michaux) وتتعلق هذه القضية بعقد تطوع ابرمه احد الفرنسيين بقصد القتال في جبهة معينة ولكنه جند في وحدة عسكرية غير مقاتلة وعندما طالب الشخص بإلغاء عقد التطوع لفقدان ركن السبب رفض المجلس الدعوى، وعد ان إلحاقه في وحدة عسكرية غير مقاتلة أمر لاحق لإبرام العقد)، وبطلان السبب في العقود الإدارية يمكن أن يتمسك به الطرفان في أية مرحلة من مراحل الدعوى ولمحكمة الموضوع إبطال العقد من تلقاء نفسها متى ما وجدت ان للعقد سبباً غير مشروع وذلك لمخالفته للنظام العام[2].

ولا يختلف الحديث في سبب العقد الإداري الإلكتروني عنه في التقليدي، حيث أن الأول لا يضيف جديدا في هذه المسألة، حيث طالما أن سبب الإدارة على التعاقد مشروع، فيعتبر عقد ساري، سواء أكان هذا العقد إلكتروني أو غير إلكتروني.

(١) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، مرجع سابق، ص١٧.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية" دراسة مقارنة"،مرجع سابق، ص٣٦٠

المبحث الثالث

انعقاد العقد الإداري الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

يتم إبرام العقد الإداري بتوافق إرادتين متقابلتين، ويكون التعبير عن إرادة الإدارة للسلطة المختصة قانونا[1] ، والأصل أن الوزراء هم المختصون بإبرام العقود المتعلقة بشئون وزاراتهم، كما يختص رؤساء مجالس إدارة الهيئة أو السلطة الإدارية اللامركزية بإبرام العقود المتعلقة بشئون تلك الهيئات أو السلطات الإدارية اللامركزية[2] .

ويعد منطقيا أن يكون مجرد وجود الإدارة طرفا في العقد سواء كان إداريا أو مدنيا يؤدي حتما إلى حد كبير من المغايرة في وسائل وأساليب التعاقد مقارنة بأساليب إبرام العقود المدنية التي تكون بين أفراد عاديين، ذلك أن الحرية التعاقدية للإدارة تخضع للعديد من التنظيمات والقيود، مقارنة بحرية الأفراد في التعاقد، فالإدارة لا تتمتع بما يتمتع به الأفراد من حرية سواء فيما يتعلق باختيار الطرف الآخر في العقد، أو فيما يتعلق باختيار شكل العقد وإجراءات إبرامه[3]، وتقييد حرية الإدارة في التعاقد يشمل عقود الإدارة الإدارية، وعقودها المدنية، وكذلك أن نوعي العقود التي تبرمها الإدارة ترتبط بالمصلحة العامة التي تفرض على الإدارة اتباع الأساليب التي تحافظ على مصالحها المالية ، وتحقق استخدام أفضل الأساليب الفنية في توفير ما تحتاجه الإدارة من سلع وخدمات[4] .

---

(١)
Pāul bènoit (f.), Le droit administratif , français, Dalloz, 1968.,p.599.

(٢) د.سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص٢٠٨.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص٢٣٢.

(٤)
De Laubadére (A.), Traitè èlèmentaire de droit administratif, Tôme I,1973,p.38.

ونظرا إلى اختلاف وتعدد أنواع العقود التي تبرمها الإدارة ، فإن حرية الإدارة في اختيار المتعاقدين معها، وفي اختيار أسلوب إبرام العقد تختلف ضيقا واتساعا باختلاف العقد، وعلى سبيل المثال، نجد أن حرية الإدارة تكون أوسع في حالات إبرام عقود امتياز المرافق العامة؛ وذلك سواء بالنسبة لحرية اختيار المتعاقد الملتزم، أو بالنسبة لحرية اختيار وسيلة التعاقد، ذلك أن عقد الالتزام بمرفق عام يعهد بإدارة تسيير المرفق العام إلى شخص الملتزم شخصا طبيعيا كان، أو شركة خاصة ، ومن ثم يلزم أن يقوم الاختيار على أساس الثقة الشخصية في الملتزم والمعرفة الدقيقة بقدراته الفنية للقيام بهذه المهمة الخطيرة ، والتأكد من ملاءته المالية التي تمكنه من إقامة البنية الأساسية للمرفق، وهذه الأمور تجعل من غير المقبول اللجوء إلى أسلوب المناقصات العامة بكافة صورها.

وتتعدد طرق انعقاد العقد الإداري الإلكتروني، مثل الممارسة العامة، والاتفاق المباشر، والتحاور التنافسي، والمزايدات والمناقصات، وقد تأثرت هذه الطرق بوسائل الاتصالات الالكترونية، التي من أهمها شبكة المعلومات الدولية.

وبناء على ما تقدم، سنتعرض في هذا المبحث إلى القيود الواردة على حرية التعاقد في إبرام العقود الإدارية الإلكترونية(المطلب الأول)، وطرق انعقاد العقد الإداري الإلكتروني(المطلب الثاني)، وذلك من التقسيم التالي:

المطلب الأول: القيود الواردة على حرية التعاقد في إبرام العقد الإداري الإلكتروني

المطلب الثاني: طرق انعقاد العقد الإداري الإلكتروني

المطلب الأول

القيود الواردة على حرية التعاقد في إبرام العقد الإداري الإلكتروني

وضع القانون الإداري من القواعد ما يحاول به ضمان سلوكها في تعاقدها طريق تحقيق المصلحة العامة، وقد جاءت قواعد القانون الإداري في هذه الشأن مقيدة لحرية الإدارة في التعاقد من نواح متعددة ، وذلك على خلاف القواعد العامة في القانون الخاص، وما يسودها من حرية التعاقد في حدود النظام العام والآداب ، ويهدف القانون الإداري من وراء ذلك إلى هدفين هما الاقتصاد في النفقات لصالح الخزانة، والكفاءة في الأداء لصالح الجميع، وتتلخص أهم القيود الواردة على حرية الإدارة في التعاقد فيما يلي:

(١) شكل العقد:

لا يشترط في الإيجاب والقبول اللازمين لانعقاد العقد شكلا معينا، إذ يجوز التعبير عن كل منهما اللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، كما يجوز باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود، بل يجوز أن يكون التعبير ضمنيا(١)، ولا شك أن طلب وزارة الزراعة موافاتها بشيك بقيمة الكمية المطلوب شراؤها......يعتبر قبولا من هذه الوزارة طابق الإيجاب الصادر من الإدارة الصحية، وانعقد باقترانهما عقد بيع بين هاتين الجهتين......" (٢).

ويتمثل الشكل المستلزم في كتابة العقد أو في الرقابة السابقة ، أو في التصريح المسبق:

ا- كتابة العقد: الأصل أنه لا يشترط في العقد الإداري أن يكون مكتوبا، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، فللإدارة أن تتحلل من الشكل الكتابي

---

(١) نص المادة (٩٠) من القانون المدني المصري.

(٢) فتوى رقم "٤٠٦" في ١٩ يونيو١٩٦٢، جلسة ١٣ يونيو ١٩٦٢، ١٦، ١٧/ ١٢٧/ ٣٠٨.

للعقد، غير أنه غالبا ما تتضمن خطوات التعاقد وثائق مكتوبة، حتى ولو لم يفرغ العقد في النهاية في وثيقة مكتوبة، ويستند القضاء أحيانا إلى هذه الوثائق المتبادلة بين الإدارة والأفراد للقول بقيام الروابط التعاقدية[1] ، ولكن العقد غير المكتوب غير مألوف في المجال الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روابطها التعاقدية كتابة، غير أنه لا يزال يؤدي دورا مكملا لبعض أنواع العقود الإدارية، كما إذا اتفقت الإدارة مع بعض المتعاقدين على تكملة أغراض التعاقد الأصلي في بعض الأمور التي انصب عليها، وقد استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر على أن العقد الشفوي التكميلي تنصرف إليه طبيعة العقد الأصلي بحكم ارتباطه به وتعويله عليه، وبالتالي فلا حاجة إلى استظهار أركان العقد الإداري فيه[2] .

ونصت المادة (٣٢) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨م على أنه " يجب أن يحرر عقد متى بلغ مجموع قيمة ما رسى توريده أو تنفيذه خمسين ألف جنيه، أما فيما يقل عن ذلك، فيجب أخذ إقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد، ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل تسلم نسخة منها لإدارة الحسابات، ومعها جميع العطاءات وصورة من كشف التفريغ للمراجعة عليها وتسلم نسخة للمتعاقد، وتحفظ النسخة الثالثة بالإدارة المختصة بالتنفيذ...."

ويعني ذلك، أن الصورة المكتوبة للعقد لا تلتزم إلا متى بلغت قيمة العقد خمسين ألف جنيه، أما إذا قلت القيمة عن ذلك، فلا يلزم كتابة العقد، وإنما يكتفى بأخذ إقرار كتابي من المتعاقد يتضمن الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد، وهذا الإقرار يعتبر إثباتا كتابيا لوجود العقد وضمانا لتنفيذ التزامات المتعاقد[3] .

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ٢٢٨٩/ ٣٠ في ٢٠ مارس ١٩٩٠ م، ٣٥/ ١٣٠/ ١٤٢١.

(٢) راجع حكم محكمة الإدارية السابق الإشارة إليه.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٦٣.

ويجب أن تكتب العقود الإداريه باللغه العربية طبقا لأحكام القانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٨٥م الذي يوجب تحرير المكاتبات والعطاءات وغيرها من المحررات والوثائق التي تقدم إلى الجهات الحكومية باللغة العربية، ويستثنى من ذلك الهيئات الدبلوماسية الأجنبية، والهيئات الدولية، والأفراد اللذين لا يقيمون في مصر، والمنشآت التي لا يكون مركزها الرئيسي في مصر، ولا يكون لها فرع أو وكيل فيها، غير أن هذا لا يحول دون وجود ترجمة بلغة أجنبية تيسيرا للتعامل مع الجهات القائمة والمشرفة على تنفيذ العقود[١].

نخلص مما سبق، أن العقود الإدارية بصفة عامة، تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات، فلم يشترط المشرع صراحة إجراءا شكليا معينا في إبرام عقد معين، فإنه يكفي توافق إرادتين " إرادة الإدارة ، وإرادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية[٢] ، وفي هذا المجال هل من الممكن تطبيق هذه القواعد على العقد الإداري الإلكتروني، وما هو الشكل المطلوب لانعقاد هذا العقد؟

في الحقيقة، أن جميع المحررات والمستندات والوثائق التي يتبادلها أطراف العقد الإداري الإلكتروني يمكن تحويلها إلى محررات إلكترونية بعد توثيقها بتوقيع إلكتروني محمي من طرف جهات قانونية باعتماد شهادة التوثيق[٣] ، وإن المشرع والفقه والقضاء وضعوا نظاما خاصا بشكلية العقد الإلكتروني دون المساس بجوهر ومضمون العقد، سواء أكان إداري أو غير إرادي، فقد عرف قانون الأونسترال النموذجي رسالة البيانات بأنها" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر" تبادل البيانات الإلكترونية، التلكس ، أو الفاكس،.........." [٣].

---

(١) راجع الفتوى رقم ٤٥٧ في ٣ مايو ١٩٨٦م، جلسة ١٩ مارس ١٩٨٦م، ٤٠/ ٢٧١/ ٧١١.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص٢٣٣.

(٣) د.قيدار عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مجلة الرافدين،كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد(١٠)، العدد (٣٧)، عام ٢٠٠٨م، ص١٤٩.

(٣)

«Le terme“message de données”désigne l’information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non
=

وعرف المشرع المصري المحرر الإلكتروني بأنه" رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أية وسيلة أخرى مشابهة"[1]

وعرف القانون التجاري الأمريكي الموحد السند الإلكتروني في المادة السابعة منه بأنه" السجل الذي يتم إنشاؤه أو تكوينه أو إرساله أو استلامه أو تخزينه بوسائل إلكترونية........" [2].

ويتمتع السند الإلكتروني بالحجية في الإثبات إذا توافرت جملة من الشروط، حيث بها يكون السند الإلكتروني وسيلة ثقة وأمان بين أطراف العقد الإداري الإلكتروني، وتتمثل هذه الشروط في الآتي:

أن تكون مكتوبة :

تعتبر الكتابة الشرط الأساسي والأهم في المستندات للاعتداد بها في الإثبات، نظر ا لما توفره من تسهيل لعمليات التعاقد وإثبات العقود، وإحاطة طرفيه بما لهما من حقوق وما عليهما من إلتزامات[3] ، والكتابة عموما تعني أية رموز تعبر عن الفكر والقول دون اشتراطها لوسيط معين، فقد يكون ورق أو حجر أو خشب أو جلد، أو أي وسيط آخر قادر على نقل رموزها، كما يمكن أن تتم بأية وسيلة أو بأية لغة سواء كانت محلية أو أجنبية، أو حتى بالرموز المختصرة

=

exclusivement، l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique، le télégraphe, le télex et la télécopi.......... »

(١) قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م.

(٢)

Record "means information that is inscribed on a tangible medium or that is stored in an electronic or other medium and is retrievable in perceivable form "

(٣) د. حسن عبد الباسط الجميعي، عقود برامج المحاسبة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص١١٤.

ما دامت مفهومة من الطرفين، كما تكون بخط الموقع على الورقة، أو بخط غيره[1] .

تبنت اتفاقية فيينا هذا الاتجاه حين نصت في مادتها ١٣ على أن يشمل مصطلح الكتابة في حكم هذه الاتفاقية" **الرسائل البرقية والتلكس**.....". وهو أيضاً نفس اتجاه إتفاقية نيويورك بشأن البيوع الدولية للبضائع لسنة ١٩٧٢م، حيث نصت المادة(٩) منها على أن " مصطلح كتابة ينصرف أيضا إلى المراسلات الموجهة في **شكل برقية او تلكس**"، وما نلاحظه على هذه النصوص هو عدم اهتمامها بنوع وشكل الوسيط الحامل للبيانات، فالعبرة في قدرته على الاحتفاظ بها دون عليه للاعتراف له بالقيمة القانونية، وهو ما أكدته المادة السادسة من قانون الأونسترال النموذجي بنصها " عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط، إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا"[2] .

وأوضح القانون المدني الفرنسي، تحديد معنى الكتابة في المادة ١٣١٦ منه " أن معنى الكتابة يشمل كل للتدوين للحروف أو العلامات والأرقام أو أية إشارة ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة ، أيا كات الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط التي تنتقل عبره[3] .

ولابد من توافر شروط في الكتابة الإلكترونية حتى يعتد بها في الإثبات، وهي لابد أن تكون الكتابة مقروءة ومفهومة، واستمرارية هذه الكتابة ودوامها

---

(١) د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة " دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص٢٥٢.

(٢) د. حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، ٢٠٠٩م، ص ٩٢-٩٣.

(٣)
“ La prevue littérale ou prevue par écit, résulte d’une suites de lettres, de caractères, des chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d’une signification intelligible, quel que soit leur support et leur modalités des transmission »

على الدعامة المدونة عليها، بالشكل الذي يمكن من الرجوع إليها في أي وقت، وأخيرا عدم قابلية الكتابة للتعديل أو التحريف،فإذا ما توافرت هذه الشروط، أصبحت الكتابة الإلكترونية لها قوة في الإثبات.

أن تكون موقعة:

يجب أن يكون المحرر الإلكتروني موقع ممن صدر منه، حتى يحتج بها في الإثبات، فالتوقيع هو الشرط الجوهري في المحرر الذي يقصد به إقرار الموقع عليه، لما هو موجود أو مدون في المحرر، واشترطت أغلب التشريعات التوقيع على السند الإلكتروني ، مثله في ذلك مثل السند الورقي، حتي ينتج آثاره القانونية في الإثبات، وهذا ما نص عليه قانون الأونسترال النموذجي في المادة (٧) " حيث أعتبر أن التوقيع الإلكتروني يفي بالشروط في حالة اشتراط القانون وجود توقيع على رسالة البيانات والتي تمثل المحرر الإلكتروني.

أن يكون السند الإلكتروني موثق:

تتحقق السندات الإلكترونية صحتها، إذا ما تم توثيقها، ويتم ذلك بتدخل طرف ثالث محايد " موظف مختص من قبل الدولة"، يطلق عليه مقدم خدمات التصديق أو جهة التوثيق، تقوم بتقديم شهادات مصادقة إلكترونية للأطراف المتعاقدة.

وتعتبر جهة التوثيق الإلكترونية أو مقدم خدمات التصديق بأنها جهة معينة من قبل سلطات الدولة أو من قبل الأفراد، أو من جهات أخرى خاصة تهدف إلى تأمين التوقيع الإلكتروني بصفة خاصة، والمعاملات الإلكترونية بصفة عامة، بحيث تعمل على إنشاء وإصدار شهادات تثبت صحته وتقوم بحفظه[1] .

وشهادة التصديق الإلكترونية هي الشهادة التي تصدر من جهة التوثيق الإلكتروني لشخص معين استنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة، يقصد منها

---

(١) د. خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني " دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي ، الأسكندرية، ٢٠٠٨م، ص١٩٣.

الحصول عليها تأكيد نسبة السند الإلكتروني والعقد الإلكتروني إلى مصدره، وأن التوقيع الموجود عليه صحيح وصادر ممن نسب إليه، وقد عرف قانون التوقيع المصري في المادة الأولى" شهادة التصديق الإلكتروني" بأنها" الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق، وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع، وقد أحال القانون في شأن البيانات التي يجب أن تشتمل عليها شهادة التصديق الإلكترونية إلى اللائحة التنفيذية للقانون في المادة(٢٠) منه[١].

وبناء على ما تقدم، إذا ما توافرت في العقد الإداري الإلكتروني كمحرر إلكتروني هذه الشروط التي تكفل حجيته القانونية في الإثبات، أصبح مثله مثل العقد الإداري الورقي في قوته الثبوتية.

(٢) الرقابة السابقة:

تخضع العقود التي تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه لعدة أنواع من الرقابة المالية والاقتصادية والقانونية، ويجب موافقة البرلمان على العقود التي يترتب عليها انفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة:

١- **الرقابة المالية**: يباشرها الجهاز المركزي للمحاسبات طبقا لأحكام القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٨م، وذلك للتحقق من أن هذه العقود قد أبرمت ضمن الاعتمادات المدرجة لها في الميزانية، ووفقا للأحكام والقواعد المالية المقررة، ورقابة هذا الجهاز لا تخل بأحكام قانون مجلس الدولة[٢] .

٢- **الرقابة الاقتصادية**: تمارسها الهيئة العامة للاستثمار طبقا للفقرة الأخيرة من المادة(٢٢) من القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٤م بنظام استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة، وتتضمن هذه الرقابة النظر في اقتصاديات العقد وموقفه من الاقتصاد القومي، وأثره عليه، ومدى ارتباطه بخطة الدولة[٣]

(١) قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م.

(٢) فتوى رقم ١١٢ في ٤ فبراير ١٩٦١، جلسة ٤ يناير ١٩٦١، ١٤،١٥-٢٠٠-٢٠٢-٤٠٢.

(٣) فتوى رقم ٧٣٩ في ٣ يناير ١٩٧٣، جلسة ٥ مايو ١٩٧٥م، ٩/٤/٤٢.

٣- **الرقابة القانونية:** يمارسها مجلس الدولة طبقا لأحكام المادتين ٥٨،٦١ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، وذلك للتحقق من مطابقة أحكام مشروع العقد للقانون، ويلاحظ أن العقود التي تبرم تطبيقا لاتفاقية دولية لا تخرج من نطاق رقابة مجلس الدولة- وغيره من الجهات الرقابية- إلا إذا تضمنت الاتفاقية نصا صريحا يخرج ما يبرم تطبيقا لها من عقود من نطاق هذه الرقابة[١]، وذلك لأن أحكام الاتفاقيات الدولية تأخذ قيمة النصوص القانونية بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها، وذلك طبقا لنص المادة ١٥١ من الدستور المصري لعام ١٩٧١م.

ويبطل العقد الإداري إذا لم يتم عرضه على مجلس الدولة، لذلك انتهى رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى أن " العقد الذي أبرمته وزارة الصناعة بالاقليم السوري مع الهيئة الاتحادية للاستيراد والتصدير بموسكو في ٨ يوليو ١٩٦٠م، قد وقع مخالفا للقانون لعدم عرضه على مجلس الدولة قبل إبرامه لا بواسطة هيئاته المختصة ولا باشتراك ممثل لمجلس الدولة في الوفد الذي أبرم هذا العقد[٢].

ويجب أن تتم مراجعة العقد الإداري بواسطة مجلس الدولة قبل إبرامه، لأن الغرض من استلزام هذه المراجعة، هو أن تقف جهة الإدارة على حكم القانون في هذا العقد قبل الالتزام بأحكامه، ولا جدوى من مراجعة العقد بعد إبرامه وتنفيذه[٣]، وقد أفتى مجلس الدولة المصري بأنه إذا كان الثابت من الأوراق أنه قد تم الاتفاق، فعلا بين الحكومتين الفرنسية والمصرية على عرض بعض الأعمال الفنية بمتحف أورساي بباريس، دون أخذ رأى المجلس ، فلا ملاءمة لمراجعة مشروع العقد التنفيذي المزمع إبرامه بين الطرفين تنفيذا للاتفاق السابق[٤].

---

(١) فتوى رقم ٤٥٧ في ٣ مايو ١٩٨٦ م، جلسة ١٩ مارس ١٩٨٦ م، ٣٩، ٤٠

(٢) فتوى رقم ١٠٧٥ في ١٧/ ١٢/ ١٩٦٠ جلسة ٧ ديسمبر ١٩٦٠ ، ١٤،١٥- ١٧٩-٢٥٨.

(٣) فتوى رقم ١١٩ بتاريخ ٢٧/ ١/ ١٩٩٢ م، جلسة ١٩ يناير ١٩٩٢م.

(٤) فتوى رقم ٤٩١ في ١٦ يونيو ١٩٩٤م، جلسة ٦ يوليو ١٩٩٤م، ٤٨.

ولا يعني إبرام العقد الإداري بوسائل الاتصال الإلكترونية إفلاته من هذه الرقابة سالف الإشارة إليها، بمعنى آخر أن العقد الإداري يخضع لجميع أنواع الرقابة السابقة، سواء أبرم بطريقة ورقية تقليدية، أو بطريقة إلكترونية.

(٣) التصريح السابق:

يستلزم الدستور الموافقة المسبقة لمجلس الشعب على إبرام أي عقد يترتب عليه انفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة، فقد نصت المادة ١٢١ من دستور ١٩٧١ م على أنه " لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بشروع يترتب عليه انفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب، وذلك لتحقيق الرقابة البرلمانية على موارد ومصروفات الدولة، ويخرج من إطار هذا الحظر العقود التي تبرمها الإدارة تنفيذا لمشروع سبق أن وافق البرلمان عليه، أما المشروعات التي لم يسبق للمجلس الموافقة عليها، فيتعين عرض عقودها عليه، طالما أنها ترتب فور إبرامها التزاما بإنفاق مبالغ في خلال سنة، أو سنوات لاحقة، وهنا ينبغي التفرقة بين عقود التوريد التي يلتزم المورد بمقتضاها بتوريد كميات محددة خلال عدد من السنوات المقبلة مقابل أداء قيمة ما يتم توريده، وهنا يجب موافقة مجلس الشعب، وبين عقود التوريد التي لا تحدد فيها كمية ما سيتم توريده، تاركة ذلك لأوامر التوريد، وهنا لا تلزم موافقة البرلمان لأن الالتزام بأداء الثمن لا ينشأ إلا بصدور أمر التوريد الذي يصدر في سنة معينة، وفي حدود احتياجات هذه السنة [1]، وينعقد العقد الإداري صحيحا منتجا لآثاره ، حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال، أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود هذا الاعتماد، أو لو خالفت الغرض المقصود منه[2] ، أو لوفات الوقت المحدد لاستخدامه، فمثل هذه المخالفات – لو وجدت من جانب الإدارة – لا تمس صحة العقد ولا نفاذه، وإنما قد تستوجب المسئولية السياسية، وعلة ذلك ظاهرة، وهي أن هذه العقود التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية، وليست تنظيمية عامة، ويجب من ناحية حماية هذا

---

(١) فتوى مجلس الدولة المصري رقم ٥٣٨ في ٤ يونيو ١٩٧٨ م، جلسة ٣ مايو١٩٨٧م، ٣٢

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا ١٧٥-١ في ١١ فبراير ١٩٥٦م، ١/ ٦٠/ ٤٩١.

الغير، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة، فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدما ما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح، وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد ، أو ليس في حدود هذا الغرض، كل أولئك من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي بل الحريص التعرف عليها، ولو جاز جعل صحة العقود الإدارية ونفاذها رهنا بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة، ولتعطل سير المرافق العامة........"

ولا يختلف الأمر في هذه المسألة في العقد الإداري الإلكتروني عنها في التقليدي، حيث لابد من التصريح السابق قبل إبرام العقد الإداري بغض النظر عن الأسلوب التي أبرمت به، فأسلوب إبرام العقد الإداري بالطريقة الإلكترونية لا يخرجه من قالبه القانوني الواجب إخراجه عليه.

- **أثر استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية على المبادئ العامة للعقود الإدارية**

أثر التطور التكنولوجي في وسائل الاتصال على التعاقد الإداري بشكل فعال، حيث تطورت المبادئ العامة لإجراءات إبرام العقود الإدارية التي وضعها المشرع لحماية المتعاقد مع الإدارة ولتحقيق الصالح العام.

وقد نصت على هذه المبادئ العامة في إبرام العقود الإدارية، حيث أن التوجيه الأوروبي رقم ١٨/ ٢٠٠٤م الصادر في ٣١/ ٣/ ٢٠٠٤ والخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام العقود الإدارية الخاصة بالأشغال والخدمات والتوريد ، قد نص في المادة الثانية منه على أنه (....في إبرام العقود في الدول الأعضاء بين الدولة والجماعات الإقليمية، ومنظمات أخرى للقانون العام، يجب احترام سرية حركة البضائع، شرعية المعاملات، الشفافية،........)[١]، وأضاف المشرع[٢] في هذا

---

(١)

Article (٢) : « La passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public <u>doit respecter</u> <u>les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme</u>

=

التوجيه المادة (١٢) أن " السلطات المتعاقدة يمكن أن تستعمل هذه التقنيات من أجل احترام القواعد المنصوص عليها في التوجيه الحالي ومبادئ الشرعية، وعدم التمييز والشفافية..".

كما أن المادة (١) من قانون العقود الإدارية في فرنسا، قد نصت على أن (في العقود الإدارية مهما كانت قيمتها، يجب احترام مبادئ حرية الدخول إلى المنافسة والمساواة بين المتنافسين ، والشفافية في الإجراءات) [1] .

=

l'égalité de traitement، la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle، la proportionnalité et la transparence. ………… », DIRECTIVE 2004/18/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services,Op.Cit.p.2

" إن أي مناقصات أو مزايدات تتم بين أحد الدول الأعضاء وبين شخص عام أو مرفق عام في دولة عضو أخر لابد أن تحترم مبدأ حرية التداول في البضائع بين الدول الأعضاء ، وحرية التقدم للعطاءات ، والمساواة بين جميع المتقدمين للعطاءات والممارسات دون تمييز على أساس من الشفافية……………………"

(١)
Article (١٢) : « Certaines nouvelles techniques d'achat électroniques sont en développement constant. Ces techniques permettent d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique, notamment par les gains de temps et les économies que l'utilisation de telles techniques comporte. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser des techniques d'achat électroniques, pour autant que leur utilisation soit faite dans le respect des règles établies par la présente directive et des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence. ……………….. »

هناك بعض التقنيات الالكترونية التي استخدمت في العقود الإدارية، هذه التقنيات وسعت نطاق المنافسة، ورفعت مستوى الفعالية، بالإضافة إلى ما توفره من وقت وجهد ، ولكن هذه التقنيات في نفس الوقت لابد أن تحترم المبادئ الموجودة في هذا التوجيه التي تحكم العقد الإداري التقليدي، وهي المساواة في المعاملة بين المرشحين ، وعدم التمييز بينهم، والشفافية………."

(٢)

L'article "1" du Décret No 2004 -15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publiques (………Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la

=

وأكدت المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م على أن (يجب أن يخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة) [١] .

ويلاحظ على هذه المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية، أنها متماثلة في القانون الأوروبي والفرنسي والمصري، وتعتبر الهدف من إبرام العقود الإدارية- سواء بالوسائط الإلكترونية أو بالاساليب التقليدية، هي تحقيق هذه المبادئ.

وبناء على ما تقدم سنتطرق لدراسة هذه المبادئ بصفة عامة، ثم دراستها في العقود الإدارية الإلكترونية بصفة خاصة.

أ- مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة في العقد الإداري الإلكتروني:

تعني حرية التقدم أو حرية الدخول إلى المنافسة في العقد الإداري حرية دخول المناقصة أو الممارسة التي تعلن عنها الإدارة في الحدود التي يضعها القانون، وترتيبا على ذلك، فإن الإدارة لا تستطيع أن تمنع أحد الأفراد أو المشروعات من التقدم إلى المناقصة المعلنة طالما توافرت فيه الشروط القانونية ، كما أن اتجاه الإدارة إلى تفضيل أحد المتقدمين على حساب الآخرين يؤدي بطلان هذا الإجراء إلا إذا كان التفضيل معتمدا على أساس قانوني[٢] .

ويعتبر مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة من أهم المبادئ العامة لإبرام العقود

=

commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures...........)

أيا كانت المبالغ المقدمة للعطاءات أو الممارسات، لابد من احترام مبدأ حرية الدخول لهذه وتلك ، والمساواة في المعاملة بين المتقدمين والمرشحين، والشفافية في الإجراءات........"

(١) المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م في مصر، الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر في ٨ مايو ١٩٩٨.

(٢) د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص١٤.

الإدار ث أنه يتلائم والغرض الذي أراده المشرع من المناقصات والممارسات كأسلوب لإبرام العقود الإدارية، لأن هدف أسلوب المناقصة أو الممارسة هو دعوة للجمهور للاشتراك في العملية التي يطرحها، بقصد الوصول إلى المناقص الذي يتقدم بأرخص الأسعار وبأفضل الشروط الفنية، كما أن حرية التقدم تجعل عدد المتناقصين أكثر مما يتيح فرصة اختيار أفضل العروض من الناحية المالية والفني، ونظرا لأهمية هذا المبدأ ، فقد نص ت عليه المادة ٢ من التوجيه الأوروبي رقم ١٨ لسنة ٢٠٠٤ والخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات[1] ، كما نصت عليه المادة (١) من قانون العقود الإدارية في فرنسا، والمادة ٢ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر ١٩٩٨/٨٩م[2] ، ولكن مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة ليس مطلقا، بل يتحدد بما للإدارة من سلطة في تقدير حرمان أحد الأشخاص أو المشروعات من التقدم للمناقصات العامة التي تمر بها، وقرار الإدارة بالحرمان قد يكون مؤقتا ، وقد يكون غير محدد المدة، كما يكون مانع ـــــص من التقدم إلى جميع المناقصات والمزايدات العامة التي تجريها الإدارة ، وقد يقتصر على بعضها، وفي كل الأحوال يترتب عل قرار الإدارة بالحرمان، عدم قبول العطاءات التي يتقدم بها الشخص المحروم حتى لو كانت هذه العطاءات مستوفاة لكافة الشروط التي حددتها الإدارة[3].

---

(١)

Article (2) :(..................Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur unpied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence)

لابد أن تتحقق مبادئ المساواة وعدم التمييز والشفافية عند إرساء حكم المزاد على أحد المرشحين.

(٢)

Article (1):(........................les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures)

إن الأسواق العامة لابد أن تحترم مبدأ حرية الدخول إلى المناقصات والممارسات العامة ، وأن تتعامل بشفافية تامة مع المرشحين.

(٣) د.أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٥١ .

قد يكون حرمان الأفراد والأشخاص المعنوية دخول المناقصات العامة حرمانا جزائيا، منصوصا عليه في القانون كعقوبة أصلية أو تبعية، أو لسبق ارتكابه أخطاء أو جرائم في تنفيذ عمليات سابقة تعاقد عليها مع الإدارة، ولقد نص على ذلك، قانون العقود الإدارية في فرنسا الصادر بموجب المرسوم رقم ٢٠٠٤-١٥ في المادتين ٤٣-٤٤ منه(١) :

---

(١)

Article 43 (Conformément à l'article 39 de la loi n° 54-404 du 10 avril 1954 portant réforme fiscale, ne sont pas admises à concourir aux marchés publics les personnes qui،au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale, ou n'ont pas effectué le paiement des impôts et cotisations exigibles à cette date,Toutefois, sont considérées comme en situation régulière les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'avaient pas acquitté les divers produits devenus exigibles à cette date, ni constitué de garanties, mais qui, entre le 31 décembre et la date du lancement de la consultation, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, soit acquitté lesdits produits, soit constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme mentionné ci-dessus.

وفقا للمادة ٣٩ من القانون رقم ٥٤/ ٤٠٤ الصادر في ١٠ إبريل لسنة ١٩٥٤م، لا يسمح للدخول في المناقصات أو الممارسات أو المزايدات الأشخاص اللذين لم يعلنوا عن وضعهم الضريبي والمؤسسي عند الإكتتاب، أو اللذين لم يقوموا بدفع ثمن الأسهم المكتتب عليه في هذا التاريخ، ولا يعد عم سداد الثمن في الميعاد المطلوب أو التاريخ المحدد مخالف للقانون، ما لم يعتبر في حد ذاته ضمانة، والذي قام بدف الثمن في التاريخ المحدد يعد في حد ذاته ضمانة كافية............"

Les personnes physiques qui sont dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale qui ne satisfait pas aux conditions prévues aux alinéas précédents ne peuvent être personnellement candidates à un marché.

إن الشخص الطبيعي التي يتوافر فيه شروط الشخص المعنوي السابق الإشارة إليه في الفقرة السابقة، ولا يمارس حق من حقوقه، ولا يقوم بأي عمل من أعماله، لا يحق له أن يرشح نفسه بصفة شخصية في أي مناقصة أو مزايدة أو ممارسة.

La liste des impôts et cotisations mentionnés ci-dessus est fixée par

=

وتنص المادة ١٤ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر علي أن (تمسك كل جهة من الجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون، سجلا لقيد الأسماء والبيانات الكافية للموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والاستشاريين والفنيين، وتمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلا لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات المذكورة، سواء كان المنع بنص في القانون، أو بموجب قرارات إدارية تطبيقا لأحكامه، وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات بطريق النشرات المصلحية، ويحظر التعامل مع المقيدين في هذا السجل)[1].

وقد يكون الحرمان وقائيا ، وذلك بنص القانون أو بلإصدار قرار حرمان الشخص الطبيعي أو المعنوي من الدخول إلى المناقصات العامة، وذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٩ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات (يحظر على العاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون بالذات أو بالوساطة التقدم بعطاءات أو

=

arrêté du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de l'emploi)

إن قوائم الإيداع والإكتتاب السابق ذكرها محددة بقرار وزارة الاقتصاد ووزارة القوى العاملة.

Article 44 (Ne sont pas admises à concourir aux marchés publics les personnes physiques ou morales en état de liquidation judiciaire et les personnes physiques dont la faillite personnelle a été prononcée ainsi que les personnes faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger.,es personnes physiques ou morales admises au redressement judiciaire ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché)

(لا يسمح بدخول المناقصات أو المزايدات أو المارسات الأشخاص الطبيعية أو المعنوية التي تم تصفية تجارتهم إجباريا، أو اللذين تم إشهار إفلاسهم، أو الأشخاص اللذين تعرضوا لإجراءات مشابهة لإجراءات الإفلاس أو التصفية وفقا لقانون آخر غير قانون دولته، أو الأشخاص اللذين خضعوا للصلح الواقي من الإفلاس أو ما شابه ذلك من إجراءات وفق قانون أخر غير قانون دولته، توحي بأن القدرة المالية لهذا الشخص ما زالت تحت الرقابة............)

(١) المادة ١٤ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري.

عروض تلك الجهة، كما يحظر شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال"، وإصدار الإدارة قرار إداري بحرمان أحد الأشخاص المعنويةأو الطبيعية من المنافسة بما تملك من سلطة تقديرية، تمارسها تحت رقابة القضاء من أجل تحقيق المصلحة العامة ، وإلى ذلك ذهب مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر، كما قضت محكمة القضاء الإداري في مصر أن" قرارات الحرمان التي تصدرها الإدارة بهذا الخصوص تجد سند لها ومصدرها فيما جرى عليه العرف الإداري، وفيما للإدارة من سلطة في وضع مثل هذه القواعد التي تنظم أعمال المناقصة[1].

ومبدأ حرية الدخول إلى المنافسة شديد الإرتباط بمبدأ العلانية في إبرام العقود الإدارية، هذا الأخير الذي يبين الإجراءات والشروط التي يمكن للمتنافسين التعاقد مع الإدارة على أساسها، كما أن هذا المبدأ يحقق الهدف الذي تسعى الإدارة لتحقيقه من جراء الأخذ بأسلوب المناقصات والممارسات لإبرام العقد الإداري ، حيث توفر أفضل العروض شروطا وسعرا، ونظرا لأهمية مبدأ العلانية ، فقد نصت عليه غالبية القوانين المقارنة، حيث نص التوجيه الأوروبي رقم ٢٠٠٤/ ١٨ سالف الذكر،/ في المادة ٣٦ منه على أن " تطوير المنافسة في مجال العقود الإدارية يستوجب الإعلان الأوروبي عن المناقصات من طرف السلطات المتعاقدة في الدول الأعضاء" [2] ، كما أن المادة (١) من قانون العقود

---

(١) د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة)، مرجع سابق، ص١٤٧،١٤٨ .

(٢)

Article 36 (Le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics nécessite une publicité communautaire des avis de marchés établis par les pouvoirs adjudicateurs des États membres. Les informations contenues dans ces avis doivent permettre aux opérateurs économiques de la Communauté d'apprécier si les marchés proposés les intéressent. À cet effet, il convient de leur donner une connaissance suffisante de l'objet du marché et des conditions dont il est assorti. Il importe donc d'assurer une meilleure visibilité des avis publiés au moyens d'instruments appropriés, tels que les formulaires standard d'avis de marché et le Vocabulaire commun pour les marchés publics (Common Procurement Vocabulary, CPV), prévu par le règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil (2)
=

الإدارية فرنسا، قد نفس المعنى ، حينما نصت على أن (يتطلب ذلم معرفة سابقة لاحتياجات المشتري العمومي، واحترام التزامات الإعلان وحرية المنافسة واختيار أفضل العروض من الناحية الاقتصادية..........)[1] .

ونصت المادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م على ذلك بقولها (تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة).

وأدى التطور التكنولوجي وإدخال الوسائط الإلكترونية في إبرام العقود بصفة عامة، وإبرام العقود الإدارية بصفة خاصة على التأثير على مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة، حيث أن خصائص العقد الإلكتروني أنه ذلك العقد الذي يتم إبرامه عن طريق الوسائط الإلكترونية ، وخاصة شبكة المعلومات الدولية، تلك الشبكة التي تتصف بالبعد الدولي، لذا فإن حرية المنافسة في هذا العالم تكون أكبر وتتيح للإدارة فرصة اختيار أفضل العروض فنيا وماليا، وهذا المعنى، أكدته

=

comme la nomenclature de référence pour les marchés publics. Dans les procédures restreintes, la publicité devrait avoir plus spécialement pour but de permettre aux opérateurs économiques des États membres de manifester leur intérêt pour les marchés en sollicitant des pouvoirs adjudicateurs une invitation à soumissionner dans les conditions requises).

"............ لابد أن يكون هناك إعلان عام لجميع الممارسات والمناقصات والمزايدات من قبل السلطات المختصة بالدول الأعضاء، هذا الإعلان لابد أن يتضمن جميع المعلومات الخاصة بالمناقصة أو المزايدة أو الممارسة، حيث يجب أن يشمل الإعلان المعرفة الكافية بموضوع الصفقة، وشروطها........."

(١)

Article 1 (.....................Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse......................)

".........إذا تطلب الأمر تعريف مسبق لاحتياجات الجهة المختصة الطالبة، فلابد من احترام الالتزام بالاعلان الواضح عن محل العطاء، واختيار أكثر العرض مزايا من الناحية الاقتصادية............"

المادة ١٢ من التوجيه الأوروبي رقم ١٨/ ٢٠٠٤ الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات بقولها " هذه التقنيات تسمح بتوسيع المنافسة وتطوير فعالية المشتريات العمومية........." [١]، ذلك أن المنافسة في إبرام العقود الإدارية الإلكترونية ليست على المستوى الداخلي فقط، بل كذلك على المستوى الدولي، وهذا ما يؤدي إلى فعالية المنافسة، حيث تشارك فيها المؤسسات الصغيرة والكبيرة سواء الدولية منها أو الداخلية، مما يعطي فرصا أكثر للإدارة للاختيار بين العروض، وهذا ما نصت المادة ٢٩ من التوجيه الأوروبي سالف الذكر بقولها(خصوصية التقنيات الحديثة المعتمدة من طرف المتعاقد الإداري تسمح بفتح مجال المنافسة في العقود الإدارية) [٢] ، كذلك، فإن إبرام العقود الإدارية عن طريق الوسائط الإلكترونية وخاصة شبكة المعلومات الدولية، قد أحدثت طرقا جديدة للإبرام أو للانعقاد ، وهي المزايدات الإلكترونية التي تشبه إلى حد كبير أسلوب المزاد العلني في القانون الخاص، مما

---

(١)

Article 12 (................. Ces techniques permettent d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique, notamment par les gains de temps et les économies que l'utilisation de telles techniques comporte..................).

"............ هذه التقنيات الحديثة في مجال الاتصالات تسمح بتوسيع مدى المنافسة ، وتحسين الفعالية في مجال المناقصات والمزايدات ، وبصفة خاصة ما توفره من توفير التكلفة والربح................"

(٢)

Article 29 (Les spécifications techniques établies par les acheteurs publics devraient permettre l'ouverture des marchés publics à la concurrence. À cet effet, la présentation d'offres reflétant la diversité des solutions techniques doit être possible......................).

"............إن التقنيات الحديثة في مجال الاتصالات التي دخلت المناقصات والمزايدات والممارسات تتيح فتح باب المنافسة، والتقدم للعطاءات..........."

يسهل ا. .راءات المعقدة في أسلوب المناقصات والممارسات، ويفتح باب المنافسة بين الموردين أكثر، وفقا لنص المادة ١٤ من التوجيه الأوروبي رقم ١٨/٢٠٠٤م[1]، كما أن قانون العقود الإدارية في فرنسا لسنة ٢٠٠٤، قد ألغى

---

(١)

Article 14 (Les enchères électroniques constituant une technique appelée à se répandre, il convient de donner une définition communautaire de ces enchères et de les encadrer par des règles spécifiques afin d'assurer qu'elles se déroulent dans le plein respect des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence. À cet effet, il convient de prévoir que ces enchères électroniques ne portent que sur des marchés de travaux، fourni... es et services pour lesquels les spécifications peuvent être établie. .de manière précise. Cela peut notamment être le cas en ce qui concerne les marchés de fournitures, de travaux et de services récurrents. Dans le même but, il faut également prévoir que le classement respectif des soum.. .ionnaires puisse être établi à chaque moment de l'enchère él.. ..nique. Le recours aux enchères électroniques permet aux p...voirs adjudicateurs de ..mander aux soumissionnaires de présenter de nouveaux prix revus à la baisse et, lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse، également d'améliorer des éléments des offres autres que le prix. Afin d'assurer le respect du principe de transparence, seuls les éléments susceptibles d'une évaluation automatique par des moyens électroniques، sans intervention et/ou appréciation de la part du pouvoir adjudicateur, peuvent faire l'objet d'enchères électroniques، c'est-à-dire les seulement les éléments qui sontquantifiables de manière à pouvoir être exprimés en chiffres ou en pourcentages. En revanche, les aspects des offres qui impliquent l'appréciation d'éléments non quantifiables ne devraient pas faire l'objet d'enchères électroniques. Par conséquent, certains marchés de travaux et de services portant sur des prestations intellectuelles، comme la conception d'ouvrage, ne devraient pas faire l'objet d'enchères électroniques).

" انتشرت في الآونة الأخيرة المزايدات الإلكترونية، ومن المتفق عليه، أن قيام المجموعة الإوروبية بتعريف المزايدات الإلكترونية كان من أجل التأكد من تحقيق مبادئ المساواة في المعاملة، وعدم التمييز بين المرشحين، وأيضا تحقيق الشفافية....، ولابد أن يكون في نظام المزايدات الإلكترونية تصنيف محدد للمتقدمين بالعطاءات، ونظام المزايدات الإلكترونية يعطي للسلطات المختصة الحقفي أن تطلب من المتقدمين للعطاء، الأسعار،ومن المفروض أن المزاد يرسي على أكثر =

أسلوب المناقصات لإبرام العقود الإدارية، واعتمد أساليب جديدة تقوم على مبدأ التفاوض بين المتعاقد والإدارة ، مثل أسلوب الممارسة والاتفاق المباشر والتحاور التنافسي، وفي نطاق العقد الإداري عن طريق الوسائط الإلكترونية باستعمال شبكة الويب والبريد الإلكتروني وغرف المحادثة والثرثرة، فإن إجراء التفاوض مع الموردين يفتح أبوابا جديدة لحرية المنافسة، ويعطي للإدارة فرصا أكثر للحصول على أفضل العروض، لذا فإن حرية المنافسة في ظل هذه الإجراءات الحديثة تتحقق أفضل دون أن يمس ذلك تحقيق المصلحة العامة(١).

ويدعم حرية المنافسة في العقد الإداري عن طريق شبكة المعلومات الدولية، مبدأ العلانية في هذا العقد ، ذلك أنه إضافة إلى الإعلان عن العقد في الجرائد الرسمية في مصر، وفي النشرة الرسمية للعقود الإدارية في فرنسا، وفي الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي في أوروبا، فإن في العقد الإداري الإلكترونييتم الإعلان عبر شبكة المعلومات الدولية، وفي مواقع الهيئات الحكومية عبر الإنترنت، مما يفتح باب حرية التقدم إلى المناقصة أو الممارسة، وهذا ما أكدته أحكام التوجيه الأوروبي رقم ٢٠٠٤/١٨، وعليه فإن حرية التقدم أو الدخول إلى المنافسة تأكدت أكثر، وتدعمت في ظل العقد الإداري، ففي ظل هذا العقد ، يفتح باب التفاوض بين المتعاقد والإدارة من أجل الحصول على أفضل العروض، كما إن الإعلان عبر شبكة المعلومات الدولية يعطي فرصة

=

العطاءات مزايا من الناحية الاقتصادية ، ومن الناحية الفنية، ومن ناحية السعر، من أجل التحقق من الشفافية، والعروض والعطاءات إذا كانت قابلة للتقييم بالشكل الرقمي والمحاسبي ، يمكن أن تكون محلا للمزايدات الإلكترونية، ولكن إذا كانت غير قابلة للتقييم الرقمي، مثل أن يكون محل المزايدة مؤلفات، أو ملكية فكرية، فلا يمكن أن تكون محلا للمزايدة الإلكترونية..........."

(١)

Durupty (M.),Les enjeux pratiques et juridiques des téléprocédures,Colloque de l'administration électronique au service des citoyens",Université de Paris I,Sorbonne, Bruylant, 2003,p.41-42.

لجميع .. . ـسات ، سواء كانت صغيرة أم كبيرة للاشتراك في العمَلية التي تطرحها الإدارة، ويسهل التفاوض بينهما عن طريق شبكة الويب، أو البريد الإلكتروني، أو غرف المحادثة، وتحقيقا لذلك دعت منظمة التجارة الدولية، الدول الأعضاء إلى تعديل قوانينها لتتلاءم والتقنيات الحديثة في إبرام العقود الإدارية، كما دعا مجلس الإتحاد الأوروبي الدول الأعضاء إلى تغيير قوانين العقود الإداريةبما يتلاءم وانطرق الحديثة في الإبرام[1].

ب- مبدأ السرية والشفافية في العقد الإداري الإلكتروني:

يعتبر من أهم المبادئ العامة في إبرام العقد الإداري الإلكترونيهو مبدأ الشفافية، والذي نصت عليه غالبية العقود قوانين العقود الإدارية، حيث إن التوجيه الإوروبي رقم ٨ - ٢٠٠٤ الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات، وقد أكد هذا المبدأ في الكثير من مواده، ونصت المادة الثانية من هذا القانون على أن (............كذلك المبادئ التي ترتبط بها، مثل المساواة، عدم التميز، التناسب، الشفافية،.....)، كما نصت المادة الأولى من قانون العقود الإدارية في فرنسا ، والصادر بموجب المرسوم رقم ١٥- ٢٠٠٤م على أن (في العقود الإدارية مهما كانت قيمتها، ويجب احترام مبادئ حرية الدخول إلى المنافسة، المساواة بين المتعاقدين، والشفافية في الإجراءات)،ذلك أن مبدأ الشفافية في الإجراءات يحقق المساواة بين المتعاقدين، ويوفر تكافؤ الفرص بينهم، وذلك عن طريق معاملة جميع المتناقصين على قدم المساواة، بالنسبة للإجراءات والمواعيد من جهة، ومن جهة أخرى ، عن طريق تقديم الموردين عطاءاتهم في مظاريف مغلقة يظل محتواها مجهولا للإدارة ولبقية الموردين حتى ميعاد فتح المظاريف عن طريق اللجنة المختصة بفتحها، لذا فإن هذا المبدأ يتفاعل مع مبدأ المساواة ، ومبدأ تكافؤ الفرص بين الموردين ليمثل ضمانة هامة لمنع أي تحايل أو اتفاق جانبي لرفع الأسعار أو ابتعاد أحد المتنافصين من

---

(١) د. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص٦٨:٦٧.

المنافسة[1]، ولقد بينت المحكمة الإدارية في مصر، ذلك التكامل بين المبادئ في حكم لها بقولها(ذلك أن المناقصة تحقق ضمانات أكثر للمصلحة العامة، ولا يتأتى تحقيق ذلك إلا إذا أحيطت بالسرية التامة ، وجعل مبدأ المساواة بين المتناقصين ، هو المبدأ السائد دون أ تمييز لأحد أو استثناء وإلا اختل التوازن واضطرب حبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص مما يخرج المناقصة على الهدف الذي تقررت من أجله ، ويفوت الغرض من عقدها، وشروط المناقصة على هذا الوضع هي بمثابة قانون التعاقد ، فلم توضع لمصلحة أحد المتعاقدين إن شاء أخذ بها وإن شاء لا يأخذ بها، وإنما وضعها كان للمصلحة العامة ، فلا سبيل للإنفكاك منها ، وكل عمل يتم على خلافهالا يعتد به، ولا يترتب عليه أي أثر لأنه يتناقض والأساس الذي قامت عليه المنافسة بين المتناقصين) [2].

ووفقا لحكم المحكمة الإدارية العليا في مصر سالف الذكر، يمثل مبدأ السرية والشفافية والمساواة بين المتناقصين ضمانة هامة لتحقيق المصلحة العامة، كما تعتبر القواعد العامة في إبرام العقد الإداري التي يجب احترامها من الجميع سواء من الإدارة أو المتناقصين حتى دون النص عليها في القانون، مبادئ قضائية استقر عليها القضاء الإداري سواء في فرنسا أو مصر، وفي إطار العقد الإداري عن طريق الوسائط الإلكترونية في فرنسا وأوروبا، فإن هذا المبدأ قد تأكد أكثر من خلال النص عليه في قوانين العقود الإدارية، وتوفير البنية القانونية والتقنية لتحقيقه[3] .

ونصت المادة ١٢ من التوجيه الأوروبي رقم ٢٠٠٤/١٨ على أن السلطات المتعاقدة تستعمل التقنيات الحديثة من أجل احترام القواعد المنصوص عليها في

---

(١) د. عبد الغني بسيوني، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠٠٣، ص٥٤٣.

(٢) حكم محكمة إدارية عليا، ٢٤/ نوفمبر ١٩٦٢م، في القضية رقم ١٥٥٨ لسنة ٦ قضائية، مشار إليه في د. عبد الغني بسيوني، النظرية العامة في القانون الإداري، مرجع سابق، ص٥٤٣.

(٣) د. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص٧٠.

التوجيه الحالي، وكذلك مبادئ المساواة، وعدم التمييز والشفافية[1]، وهذا ما نصت عليه في المادة ٣٧، حيث أكدت أن إجراءات إبرام العقود الإدارية تخضع لنظام الأمن والحماية القانونية المنصوص عليها في التوجيه الأوروبي رقم ٩٣/١٩٩٩ والخاص بالتوقيع الإلكتروني، وكذا التوجيه الأوروبي رقم ٢٠٠٠/ ٣١ والخاص بالتجارة الإلكترونية[2] .

كما أن القانون الفرنسي الخاص بالعقود الإدارية، قد أكد على مبدأ السرية والشفافية في إجراءات إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، حيث نصت المادة السابعة من المرسوم رقم ٢٠٠٢- ٢٦٢ والصادر في ٣٠ إبريل ٢٠٠٢م، والخاص بتطبيق الفقرتين ٢، ١ من المادة ٥٦ من قانون العقود الإدارية، والخاص بإبرام العقود الإدارية عن طريق وسيط إلكتروني إن (الشخص المعنوي العام يضمن أمن الصفقات على شبكة المعلومات المتاحة لجميع المرشحين بدون أي تمييز............) [3].

---

(١)

Article 12(..................Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser des techniques d'achat électroniques, pour autant que leur utilisation soit faite dans le respect des règles établies par la présente directive et des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence......................).

"هناك بعض التقنيات الالكترونية التي استخدمت في العقود الإدارية، هذه التقنيات وسعت نطاق المنافسة، ورفعت مستوى الفعالية، بالإضافة إلى ما توفره من وقت وجهد، ولكن هذه التقنيات في نفس الوقت لابد أن تحترم المبادئ الموجودة في هذا التوجيه التي تحكم العقد الإداري التقليدي، وهي المساواة في المعاملة بين المرشحين، وعدم التمييز بينهم، والشفافية.........."

(٢)

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique,en ligne, http://eur-lex.europa.eu,5.3.2013.

(٣)

Article 7 (La personne publique assure la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible à tous les candidats de façon non discriminatoire. Les frais d'accès au réseau et de recours à la signature électronique sont à la charge de chaque candidat)

=

وأضافت الفقرة الأولى من المادة الثامنة من نفس المرسوم على أن " الشخص المعنوي العام يستطيع أن يطلب من المرشحين وضع طلباتهم وعروضهم تحت نظام حماية خاص حيث لا يمكن الإطلاع عليها إلا بمعرفتهم)[1] .

كما أن المادة الرابعة من المرسوم رقم ٢٠٠١-٨٤٦ الصادر في ١٨ سبتمبر ٢٠٠١م، والخاص بتطبيق الفقرة ٣ من المادة ٥٦، والخاصة بإبرام العقود الإدارية عن طريق الوسيط الإلكتروني، قد أكدت أن على الشخص المعنوى العام توفير الأمن والحماية للمعاملات حتى نهاية المدة التي يوجب فيه القانون إرسال العروض من طرف المرشحين، ومن أجل ذلك، قامت الحكومة الفرنسية بإعداد برنامج عام لضمان أمن المعلومات بين المواطن والسلطات الإدارية، تم تنفيذه من طرف وكالة تطوير الإدارة الإلكترونية[2] .

ومن جهة أخرى، فإن قانون العقود الإدارية في فرنسا والنصوص التطبيقية

=

" يجب على الشخص الاعتباري تأمين سرية العقود الإدارية على شبكة المعلومات الدولية ، وأن يتيحها للمرشح على هذه الشبكة بدون تمييز، وتكاليف الدخول على الشبكة ، والتوقيع الإلكتروني على عاتق كل مرشح " متقد للعطاء".

(١)

Article 8 (La personne publique prend les mesures propres à garantir la sécurité des informations portant sur les candidatures et les offres. Elle s'assure que ces informations demeurent confidentielles)

" يجب على الشخص الإعتباري أتخاذ الإجراءات اللازمة لضمان سرية المعلومات الخاصة بكل مرشح،بل ويضمن أيضا ديمومة سريتها".

(٢)

Article 4 (La personne publique assure la sécurité des transactions et organise les enchères électroniques sur un réseau informatique accessible à tous les candidats de façon non discriminatoire. Les frais d'accès au réseau sont à la charge de chaque candidat)

" يضمن الشخص الاعتباري سرية العقود الإدارية وتنظيم المزايدات الإلكترونية على الشبكة، وأيضا يضمن اتاحتها للمرشحين على الشبكة دون تمييز، ومصاريف الدخول على الشبكة تكون على عاتق المرشح".

له، تعـ السلطات المتعاقدة ، وكذلك للمرشحين إمكانية استعمال التوقيع الإلكتروني العادي أو التوقيع الإلكتروني المحمي عند إبرام العقد الإداري، وذلك وفقا لأحكام المادتين ١٣١٦، ١٣١٦-٤ من القانون المدني الفرنسي[1] .

وترتيبا على ذلك، فقد نصت المادة ٣ من المرسوم ٢٠٠٢-٦٩٢ السالف الذكر أن (الترشيحات والطلبات التي تم إرسالها عن طريق وسيط إلكتروني يكون وفقا لشروط صحة توقيع المرشح المنصوص عليها في المادتين ١٣١٦، ١٣١٦-٤ من القانون المدني........)[2] .

---

(١)

Article 1316(L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité)

"يكون للكتابة الإلكترونية نفس القوة الثبوتية للكتابة الورقية، ولكن بشرط أن تثبت هوية صاحب التوقيع ...."

Article 1316-4 (La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.)

" يعد التوقيع ضروري لإتمام العمل القانوني، ويعتبر وسيلة لتأكيد رضاء الأطراف على التزاماتهم، وعندما يتم التوقيع من الموظف العام، يمنحه الصفة الرسمية"

(Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat)

"إن التوقيع الإلكتروني يعتبر إجراء يمكن لتحقيق الهوية ويضمن ارتباط العمل الموقع عليه بصاحب التوقيع، وموثوقية التوقيع الإلكتروني، مفترضة حتى يثبت عكسها ، والتوقيع الإلكتروني يعتبر له الحجية في الإثبات وذلك في إطار الشروط الموضوعة في هذا الشأن من مجلس الدولة"

(٢)

Article 3(Les candidatures et les offres transmises par voie électronique doivent être envoyées dans des conditions qui =

إضافة إلى ذلك، فإن المادة ٢ من القانون رقم ٢٠٠٠-٣٢١ الصادر في ١٢ إبريل ٢٠٠٠ الخاص بتطوير علاقة الإدارة مع المواطن ، تنص على أن (الإدارة ملزمة بتوفير الحماية والأمن المعلوماتي في معاملاتها مع المواطنين)[١].

كل هذه المعطيات القانونية تقودنا إلى القول، بأن مبدأ السرية والشفافية في العقد الإداري عن طريق الوسائط الإلكترونية، قد تدعم أكثر سواء على المستوى الأوروبي من خلال أحكام التوجيه الأوروبي رقم ١٨/٢٠٠٤ أو قانون التوقيع الإلكتروني لسنة ١٩٩٩م، أو في فرنسا من خلالقانون العقود الإداريةونصوصه التطبيقية وقانون التوقيع الإلكتروني، حيث تعتبر سرية الطلبات والترشيحات هدفا أساسيا تسعى إليه السلطات المتعاقدة من أجل الحصول على أفضل العروض من الناحية المالية والفنية، خاصة إذا كان مجال المنافسة هو شبكة المعلومات الدولية والوسائط الإلكترونية التي لا يمكن التحكم فيها[٢].

=

permettent d'authentifier la signature du candidat selon les exigences posées aux articles 1316 à 1316-4 du code civil).

" يجب أن ترسل عروض العطاء المرشحين الإلكترونية في الشكل الذي يسمح بموثوقية التوقيع ونسبته إلى صاحبهوفقا للمتطلبات المنصوص عليها في المواد ١٣١٩ حتى ١٣١٦/ ٤ من التقنين المدني"

(١)

Article 2(Le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par le présent chapitre en ce qui concerne la liberté d'accès aux règles de droit applicables aux citoyens).

(Les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller)

" من حق أي شخص أن يكون إعلامه محدد وكامل......................، وإن السلطات الإدارية تكون مسئولة عن تنظيم الدخول للقواعد القانونية الموجودة في هذا الشأن، ووضع النصوص القانونية ونشرها تعتبر خدمة عامة، وللسلطات الإدارية الرقابة عليها"

(٢) د. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص٧٣.

المطلب الثاني
طرق انعقاد العقد الإداري الإلكتروني

يعد العقد الاداري عمل قانوني يصدر عن الادارة بالاتفاق مع الافراد أو يحصل نتيجة الاتفاق بين الهيئات الادارية أو بينها وبين الاشخاص المعنوية أي إن هناك ارادتان الاولى هي الادارة والثانية هي ارادة الطرف الاخر الذي تتعاقد معه الادارة لاحداث اثر قانوني بانشاء الالتزام أو تعديله أو الغائه مستخدمة بذلك وسائل القانون العام وتهدف الادارة من ابرام العقود الادارية إلى تسيير المرافق العامة المختلفة واشباع الحاجات الاساسية في الدولة ولا يكون العقد ادارياً الا اذا اتبعت فيه الادارة اساليب القانون العام حيث انها لا تستطيع تحقيق اهدافها من خلال قواعد القانون الخاص والذي على اساسه يبرم العقد المدني الذي يحمي وينظم المعاملات والمصالح الخاصة بينما تنشد الادارة دائماً تحقيق المصلحة العامة التي تسمو دائماً على مصالح الافراد ولهذا فانها تستخدم شروطاً استثنائية في ابرامها للعقد الاداري الذي يمثل جزءاً مهماً من وظيفة الادارة واستناداً إلى ذلك فان الادارة تخضع إلى قيود متعددة لابد من اتباعها لابرام عقودها الادارية فيحد ذلك من حريتها في اختيار من تعاقد معه كما هو الحال في العقد المدني الذي يرتكز على الحرية الكاملة في التعاقد على اساس إن العقد هو شريعة المتعاقدين ، ولهذا فان الادارة ملزمة باتباع الاجراءات والاساليب التي نص عليها القانون لغرض التعاقد مع افضل المتقدمين للتعاقد من النواحي المالية والفنية والادارية فتتمتع بسلطات ادارية واسعة إلى درجة يختل معها مبدأ الحفاظ على التوازن بين طرفي العقد الذي يقرره العقد في اطار القانون الخاص ، إن اساليب التعاقد الاداري التي قررها القانون تستند على اسس من الواجب اتباعها من قبل الادارة والا جاء العقد الذي تبرمه مخالفاً للقانون ولغرض منح الادارة صلاحيات لغرض التعاقد باساليب تنسجم مع متطلبات الحاجات الادارية فان القانون اوجب عليها حالات مختلفة من اساليب التعاقد فهي تتعاقد مرة باسلوب المناقصات أو المزايدات العامة اذا كانت تريد تحقيق وفرة مالية للخزينة العامة بينما تلجأ للتعاقد باسلوب الممارسة متبعة كافة اجراءات

المناقصة العامة باستثناء انها غير مقيدة بالتعاقد مع من قدم اوطأ عطاء كما هو الحال في المناقصة العامة أي انها غير ملزمة بآلية الارساء بل هي تملك سلطة تقديرية واسعة في اختيار افضل متعاقد وليس بالضرورة إن يكون صاحب العطاء الاوطأ واحياناً تتبع الادارة اسلوب التعاقد بالاتفاق المباشر مع الافراد أو الشركات أو الهيئات اذا كان المتعاقد معها صاحب احتكار أو انها تريد التعاقد لغرض الحصول على خبرات فنية أو تخصصية لا توجد الا لدى بعض الافراد أو الشركات بحيث لا يكون هناك مجال للمنافسة أو تريد ابرام عقد يتطلّب امولاً طائلة لا تتوفر الا عند جهات معينة أو أن متطلبات الامن الوطني تفرض عليها التعاقد بسرية لا يمكن معها اتباع الاساليب الاخرى في التعاقد وعلى هذا الاساس ، سنعالج في هذا المطلب التعاقد باسلوب المناقصات والمزايدات العامة وتطرقنا فيه إلى الاسس التي يستند عليها التعاقد بهذا الاسلوب، كما سنتناول التعاقد باسلوب الممارسة والاتفاق المباشر وتطرقنا من خلال البحث إلى التعاقد في بعض الدول العربية وكذلك الاساليب الحديثة المستخدمة في التعاقد في الدول المتقدمة التي اتبعت الاساليب الالكترونية وشبكة المعلومات الدولية لتطبيق الاجراءات المنصوص عليها في القانون ولكن باسلوب حديث لتوفير الجهد والوقت والمال الذي تتطلبه الاساليب الاعتيادية.

أولا : التعاقد باسلوب المناقصات والمزايدات العامة

يفرض القانون على الادارة وفي احوال معينة ضرورة التعاقد باتباع اسلوب المناقصات والمزايدات العامة ولابد من الالتزام بالاجراءات المنصوص عليها قانوناً لابرام العقد الاداري الذي هو أحد الوسائل التي تكون بيد الادارة لتحقيق المصلحة العامة ولابد قبل الخوض بالاجراءات الواجب اتباعها لابرام العقد الاداري بهذا الاسلوب التعرف على الاسس التي يستند عليها التعاقد الاداري بهذه الطريقة كل ذلك سنراه في التالي:

١- الاسس التي يستند عليها التعاقد باسلوب المناقصات والمزايدات العامة

يجب أن يكون هناك اسس على الادارة الاستناد اليها عند ابرام العقود الادارية اذا ارادت ابرام العقد الاداري وفق اسلوب المناقصات والمزايدات

العامة وتلك الاسس مستوحاة من [illegible] الدستورية التي تقرر المساواة امام القانون والمساواة في التكاليف العامة وكذلك تكافؤ الفرص واذا تم ابرام العقد الاداري دون التقيد بالاسس المطلوبة للتعاقد بطريقة المناقصات والمزايدات العامة يعتبر العقد المبرم من قبل الادارة باطلاً وسنرى تلك الاسس لاحقا.

أ- العلانية وحرية المنافسة

يقصد بالعلانية هو اعلام كل من تنطبق عليه الشروط للتقدم لغرض التعاقد مع الادارة إن اراد ذلك والسماح له بالتعاقد مع الادارة متى ابدى رغبته وتوفرت كل الشروط فيه ويصدر الاعلان في صحيفة أو صحف محلية حسبما يقرره القانون بحيث يتضمن على الشروط والبيانات المطلوبة مع ذكر المواعيد بشكل دقيق وواضح حتى يستطيع المتقدم لغرض التعاقد بعد اطلاعه على الاعلان الاقدام على التعاقد من عدمه وهذا الاعلان الصحيح يوفر امكانية المنافسة بين عدد كبير من الاشخاص وبالتالي تحقيق المصلحة العامة التي تقصدها الادارة وذلك بالتعاقد مع افضل المتقدمين وباحسن الشروط[1]، من الناحية المالية والفنية ولهذا يجب إن يكون الاعلان موافقاً للقانون ولتأكيد حرية المنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الادارة وما يتعلق بالاعلان بالوسائل الحديثة والالكترونية فقد استخدمت وسائل جديدة لاعلام الجمهور بالاعلان وذلك عن طريق الانترنيت حيث يوجه الاعلان إلى عدد كبير من الناس ومن الدول في مختلف الاماكن ممن يستطيعون الاطلاع على الاعلان عن طريق الانترنت مما يوفر فرصة لعدد هائل من الناس لابداء رغبتهم في التعاقد الاداري، ولا يوجد تعارض بين العلانية وحرية المنافسة وبين صلاحية الادارة عدم السماح لبعض الاشخاص في التعاقد معها لاسباب تنظيمية أو في حلة عدم اكتمال الشروط المطلوبة أو إن الحرمان وقائياً اذا كان العقد الاداري مضراً بالاقتصاد الوطني مثلاً وكل ذلك يخضع لسلطة الادارة التقديرية[2]، شريطة إن لا تتعسف في

---

(١) د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الاداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦ م، ص٢٩٢.

(٢) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الاداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥ ص ٥١٠.

استخدام سلطتها، ومن الاشخاص الذين يجوز للادارة حرمانهم من التعاقد معها هم الاشخاص القائمين على التعاقد بحكم وظائفهم الادارية وذلك لتجنب مواطن الشك والريبة ومما يجدر ذكره إن قرار الادارة بحرمان بعض الاشخاص من التعاقد معها يخضع لرقابة القضاء الاداري واحياناً يكون الحرمان من التعاقد جزائياً باعتباره عقوبة تبعية للعقوبة الاصلية الصادرة استناداً إلى نصوص القانون الجنائي فصدور حكم جزائي على شخص بالاختلاس يتبعه الحكم بعقوبة تبعية هي الحرمان من بعض الحقوق والمزايا منها الاشتراك في المناقصات والمزايدات العامة اذن العلانية وحرية المنافسة من الاسس التي يستند عليها التعاقد الاداري .

ب- المساواة بين المتعاقدين

يجب على الادارة أن تتصرف مع المتعاقدين معها بروح المساواة بحيث لا تميز بين راغب في التعاقد معها وآخر الا على اساس الكفاءة المالية . والفنية وامكانية تنفيذ العقد ويعتبر حسن سمعة المتعاقد مع الادارة من موجبات التعاقد معها ولا تتحقق المنافسة الفعلية الا بالمساواة بين الاشخاص الراغبين في التعاقد واستناداً إلى ذلك لا يجوز للادارة وضع شروط على احد الافراد دون غيره أو اسقاط بعض المتطلبات عن البعض دون الاخرين أو زيادة في عدد الشروط المطلوبة من بعض الافراد[1]، ولا تعارض بين هذه المبدأ أي المساواة بين المتعاقدين وبين استبعاد قسم من الراغبين في التعاقد من ذوي السمعة ا
لان التعاقد مع مثل هؤلاء الاشخاص قد يؤدي إلى الاضرار بالمصلحة العامة حيث إن تنفيذ العقد الاداري يتطلب درجة من الاخلاق والمهنية ، إذ يترتب على العقد التزامات لابد من التقيد بها ولهذا ينبغي أن لا يكون المتعاقد مع الادارة من اصحاب السوابق أو ممن عرفوا بتأخرهم أو تلكؤهم في اداء الاعمال الادارية والالتزامات السابقة وفي هذا الصدد جاء قرار المحكمة الادارية العليا في مصر ((من حق الادارة استبعاد من لا تتوافر لديه المقدرة المالية أو الفنية أو

---

(١) د. هيام مروة ، القانون الاداري الخاص ، المؤسسة الجامعية الجديدة للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٣ ص٦٠١ .

كانت سمعته سيئة أو عـ ف ... الالتزامات الادارية السابقة)) [1] ، حيث إن تقدم مثل هكذا شخص للتعاقد مع الادارة ربما يؤدي إلى الاضرار بها الا إن هذا لا يعني إن من ارتكب مخالفة سابقة أو سجل في القائمة السوداء من المقاولين ثم شطب اسمه من تلك القائمة وتحسنت احواله يمنع من التعاقد مع الادارة إذ إن التجربة والاعمال المستمرة في المتعاقد مع الادارة تكشف صلاحيته من عدمها .

ج- تقيد الادارة بقواعد الاختصاص تلزم الادارة بالتقيد بقواعد الاختصاص عند ابرام العقود الادارية

فاذا حدد القانون الجهة الادارية المخولة باجراءات التعـ ـ وابرام العقد فينبغي الالتزام بهذا النص ومن المعروف إن قواعد الاختصاص من النظام العام والاختصاص قد يكون نوعيا وقد يكون مكانيا ومعنى هذا انه لا يجوز للادارة إن تتعاقد خارج الحدود الادارية لها الا اذا خولها القانون ذلك أو وجدت انابة في التعاقد أو تفويضاً ادارياً من جهة ادارية اعلى كذلك يجب على الادارة أن تتقيد بالاعتماد المالي المخصص لها[2] ، حيث أن ميزانية الدولة تقر بقانون يصدر من البرلمان وعلى ضوءه تحدد تخصيصات الادارات المالية فاذا ارادت احدى الادارات كالمحافظة مثلاً التعاقد على مشاريع معينة فيجب إن تأخذ بنظر الاعتبار تخصيصاتها المالية وما يتعلق بضرورة تقيد الادارة بقواعد الاختصاص فقد اخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الاتجاه حيث ورد في حكم له بتاريخ ٦/ ١٢/ ١٩٨٩ ((إن قانون البلديات ينص انه ليس من اختصاص أي احد من الوكلاء التوقيع على اتفاقيات ضمان القروض التي يكون المجلس البلدي قد فوض العمدة شخصياً بالتوقيع عليها وحيث إن العقد قد وقع من وكيله دون تخويل أو تفويض منه كان غير مشروع ومخالفاً للقانون)) [3] ، اذن يحدد القانون

---

(١) حسين عثمان محمد عثمان ، اصول القانون الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ص٦١٠ .

(٢) د. محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية ، جامعة بغداد ، بيت الحكمة ، ١٩٨٩ ص٥١ .

(٣) د. سليمان محمد الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ،مرجع سابق، ص٥٢٨ .

الاشخاص الذين يحق لهم التعاقد باسم الادارة والمجالات التي يتعاقدون في اطارها وفي حدود الاختصاص وما يتعلق بالاساليب الحديثة في مجال الالكترونيات فمن الممكن تحقيق الاسس السالفة الذكر جميعاً بطريق شبكة المعلومات الدولية[1]، وتكاد الدول المختلفة تتفق على الاسس التي يستند اليها التعاقد بطريق المناقصات والمزايدات الغامة مع اختلاف في التفاصيل لا يمس جوهر تلك الاسس خاصة إن الدول ليست في درجة واحدة من الرقي والتقدم.

٢- إجراءات المناقصات والمزايدات العامة

المناقصة هي مجموعة من الاجراءات تهدف إلى دعوة المواطنين للتعاقد مع الادارة بارخص الاسعار إما المزايدة فهي دعوة المواطنين ايضاً لغرض التعاقد مع الادارة لكن بأعلى الاسعار[2] ، وتهدف الادارة من اجراءات المناقصات والمزايدات العامة إلى توفير الاموال والمحافظة على قيمة الاموال الادارية العامة وفي هذا المطلب ستتعرف على اجراءات التعاقد بطريق المناقصات والمزايدات العامة.

أ- اجراءات التعاقد بالمناقصات العامة

هناك سلسلة من الاجراءات لابد للادارة من اتباعها للتوصل للتعاقد باسلوب المناقصة العامة وهذه الاجراءات نصت عليها القوانين التي تـ ... التعاقد الاداري وهي ، **اولاً :** الإعلان عن المناقصة وتقديم العطاءات المقصود بهذا الإجراء هو اعلام اكبر قدر ممكن من الجمهور بالمناقصة وذلك عن طريق النشر في الصحف أو الاذاعة أو التلفزيون أو على مواقع الانترنيت ويجب أن يتضمن الاعلان بيانات مهمة منها ميعاد التقديم بالعطاء ومدة سريانه ومكان

---

(١) احمد خالد العجلوني ، التعاقد عن طريق الانترنت ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢ ص١١٨ .

(٢) د. جابر جاد نصار ، الوجيز في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧ ص ٨٩

وموعد اجراء المناقصة والتأمينات المصرية[1] ، لهذا الغرض والمستندات والوثائق المطلوبة بالاضافة إلى المؤهلات التي يجب أن تتوافر في المشترك من الراغبين في التعاقد سواء كانت تلك المؤهلات مالية او فنية ويجب على من يريد الاشتراك الحصول على استمارات المشاركة ان كانت مهيئة مسبقاً لغرض الاطلاع عليها حتى تكون لديه الفكرة الكاملة عن المناقصة والتي على ضوئها يقرر الاقدام على الاشتراك في المناقصة من عدمه، بعد ذلك يتقدم الراغبين بتقديم عطاءاتهم والتي تتضمن عروضاً فنية واخرى مالية والمقصود بالعروض الفنية الشهادات الفنية او العلمية وشهادات الخبرة وطريقة التنفيذ وضماناته الزمنية ونوعية المواد المستخدمة في تنفيذ المشروع المطلوب والمعدات التي تستخدم في العمل ومؤهلات الكوادر التنفيذية واحياناً يقدم صاحب العطاء نماذج من الاعمال السابقة المماثلة[2] .

والهدف من كل ذلك هو تأكد الادارة من ان مقدم العطاء جاد في التعاقد مع الادارة وانه يمتلك الامكانية المالية الفنية لاداء العمل المطلوب حتى لا تتعاقد الادارة مع اشخاص او شركات غير مؤهلين لاداء مهمتهم ولكي لا يضيع الوقت والجهد باستلام عطاءات لا جدوى منها ومن الضروري التأكيد على توافر الخبرة الفنية الى جانب الامكانية المالية لان تخلف احد هذين الركنين يؤدي الى عدم تنفيذ العقد ويعتبر تقديم العطاء من قبل الاشخاص او الشركات ايجاباً من مقدم العطاء يجب ان يتحد مع قبول الادارة ويعتبر الايجاب المقدم من قبل الافراد او الشركات ملزماً للجنة البت في العطاءات التي تضعها الادارة ويستند هذا الالزام الى نص القانون بالاضافة الى الاراة المنفردة[3] ، ولا يعني

---

(١) د. طعيمة الجرف ، القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٩ ص٦٠١ .

(٢) د. بكر قباني ، الرقابة الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٣ ص١٥٣

(٣) المادة ١١ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادر في مصر .

ذلك ضرورة قبول كل العطاءات المقدمة بل قبول ما سوف تقرره لجنة البت في العطاءات ومن الضروري ان يتضمن العرض الذي يقدمه صاحب العطاء الاسعار وطريقة الوفاء كما يجب ان تقدم التأمينات المطلوبة فاذا لم تقدم التأمينات يبرر ذلك للادارة استبعاد العطاء المقدم والادارة هي التي تحدد مبلغ التأمينات وضمن نسبة محددة مبينة في القانون[1] ، ومن الملاحظ ومن الناحية العملية ان الادارة لا تستطيع تقدير قيمة العمل مسبقاً بشكل دقيق مما يدفعها الى تقديرات تقريبية من الواقع فمثلاً التعاقد مع الغير من قبل الادارة لتوريد مواد غذائية الى المستشفيات يجعلها في وضع لا تستطيع تقدير المبالغ المطلوبة بسبب عدم استقرار اسعار المواد في السوق اليومية من جهة ولعدم امكانية حصر عدد الاشخاص الذين يرقدون في المستشفى كل يوم على حدة مسبقاً وبالرغم من ان جزاء التخلف عن دفع التأمينات هو استبعاد مقدم العطاء الا ان المحكمة الادارية العليا في مصر خففت من هذا الجزاء اذا وجدت الادارة ان استبعاد بعض المتعاقدين مضراً بالمصلحة العامة حيث جاء في قرار المحكمة ((واذا لاحظت الادارة ان استبعاد احد مقدمي العطاء جزاء تخلفه عن تقديم التأمين مضراً بالمصلحة العامة وان المتعاقد مستعد لتقديم التأمين جاز لها قبوله وعدم استبعاده))[2]، والحق ان استبعاد مقدم العطاء الذي يدفع تأمينات المطلوبة من عدمه من المسائل التي تخضع للسلطة التقديرية لها طالما ابتغت المصلحة العامة ولم تتعسف في استعمالها.

وثانياً: فحص العطاءات والبت فيها، بعد استلام العطاءات تتجه الادارة لفحصها عن طريق لجنة او لجان متخصصة شكلت لهذا الغرض على ان يرأس اللجنة موظف بدرجة تتناسب ونوع المشروع المطلوب تنفيذه واهميته والمبالغ المالية التي ستصرف عليه وان يكون اعضاء اللجنة من الفنيين والاداريين

---

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الادارية منشأة المعارف بالاسكندرية ، ٢٠٠٤ ص١١٤.

(٢) د. احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، مرجع سابق، ص١٣٠ .

والقانونين من ذوي الخبرة والامكانية السابقة وممن اشتركوا في اعمال سابقة ، وتقوم اللجنة بفتح العطاءات لتتأكد اولا من وجود العروض المالية والفنية و الوثائق المطلوبة ، ثم تعمل على ترقيم الاوراق جميعاً ابتداءاً من العرض المالي وانتهاء باخر وثيقة على ان يكون الترقيم على شكل كسر بسطه رقم العطاء ومقامه عدد العطاءات[1]، ويعد ترتيب العطاءات وفق عدة كسور يصار الى كتابة محضر تبين فيه كافة الاجراءات المتخذة من قبل هذه اللجنة على ان يوقع من قبل رئيس واعضاء اللجنة جميعاً وتسمى هذه اللجنة في بعض القوانين العربية لجنة فتح المظاريف التي ينبغي عليها الحفاظ على العينات المقدمة مع العطاءات وتخضع القرارات الادارية التي تصدرها لجنة فتح العطاءات لرقابة القضاء اذا استبعدت اشخاصاً خلافاً للقانون[2].

وبعد اكمال لجنة فتح العطاءات عملها تقدم النتائج التي حصلت عليها من خلال فتح المظاريف الى لجنة اخرى تسمى لجنة البت في العطاءات وهي لجنة ارفع مستوى من اللجنة الاولى باعتبار ان لجنة البت هي التي ستتخذ القرار الذي يستند عليه ابرام العقد الاداري ولهذا فان هذه اللجنة تعمل على دراسة الغطاءات وتحليلها والاطلاع على الترقيمات المقدمة من قبل لجنة فتح العطاءات وتقدير النواحي الادارية والمالية والفنية واستناداً الى كل ذلك فانها تختار العطاء الاكثر تحقيقاً للمصلحة العامة وتوصي بارساء المناقصة عليه اذا كان العطاء الاقل سعراً والافضل من بين العطاءات المقدمة والصالحة على اساس المساواة والمنافسة المشروعة وفق ما يسمى بالية الارساء[3] ، وتحدد اللجنة من يلي العطاء الافضل وقد تجزء المناقصة على اكثر من عطاء اذا تطلب الامر ذلك حيث ان بعض الاعمال يتطلب تنفيذها عدة مراحل فلا يوجد مانع قانوني من رسو كل مرحلة من مراحل التنفيذ على احد مقدمي العطاءات وليس بالضرورة ان يكون المنفذ شخص او جهة واحدة . ويلاحظ ان لجنة البت في العطاءات تختار

---

(١) د. محمود حلمي، العقود الادارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩ م، ص١٢٦.

(٢) د. ماجد راغب الحلو ، القانون الاداري ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ م، ص٤١٣ .

(٣) د. سعاد الشرقاوي ، العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ م، ص٢٦٠.

الافضل على اساس ما يقدمه من سعر اقل وربما يتعارض ذلك مع جودة التنفيذ لذلك فان المناقصة العامة ليست الاسلوب الامثل لاختيار المتعاقد مع الادارة في كل الاحوال.

وثالثاً : ابرام العقد هي المرحلة النهائية في العقد الاداري حيث يوقع العقد من قبل ممثل الادارة وهو صاحب الاختصاص الذي حدده القانون وغالباً ما يكون الوزير المختص او من يخوله صلاحية التعاقد او المحافظ او من يخوله باجراء التعاقد وأحياناً يجيز القانون لرئيس مجلس الادارة صلاحية ابرام العقد الاداري ولا تملك الادارة سلطة تقديرية في هذا المجال كما ان الادارة لا تستطيع ابرام العقد مع غير من حددته لجنة البت في العطاءات بل انها ملزمة بالتعاقد مع الشخص او الجهة التي رشحتها لجنة البت ورست عليها المناقصة[1] ، الا ان السلطة المختصة بابرام العقد تستطيع العدول عن رأيها وعدم التعاقد نهائياً ولكن لا يجوز لها العدول عن الشخص او الجهة التي حددتها لجنة البت الى شخص اخر او جهة اخرى وانما تستطيع عدم التعاقد بشكل نهائي ، وموافقة الادارة على التعاقد هو يمثل قبولاً للايجاب الصادر من مقدم العطاء ويجب ان يصل قبول الادارة الى المتعاقد مقدم العطاء الذي رست عليه المناقصة، وقد جاء في قرار لمحكمة القضاء الاداري في مصر[2]ان((يكون ايجاب الجمعية المطابق لشروط المناقصة قد التقى وقبول الجهة الادارية أثناء سريان مدة العطاء وتم الترسية عليها وابلاغها بذالك مما لاوجه معه للقول بعدم انعقاد العقد))، والاصل أن العقد بين الطرفين يجب أن يكون مكتوباً وموثقاً ومن ثلاث نسخ على الاقل الاولى تبقى عند الادارة المتعاقدة والثانية عند الشخص المتعاقد مع الادارة إما النسخة الثالثة فتودع لدى الجهة الادارية العليا التي خولت الادارة الادنى باجراءات العقد، ولا يمنع من ارسال نسخ أخرى للحسابات والرقابة الادارية والدائرة القانونية في الجهة الادارية صاحبة الشأن[3] .

---

(١) د. محمد انس جعفر ، العقود الادارية ، مرجع سابق، ص٤٥ .

(٢) د. جابر جاد نصار ، المناقصات العامة ، دراسة مقارنة ، مرجع سابق، ص١٢٤ .

(٣) د. حمدي ياسين عكاشة، العقود الادارية في التطبيق العملي ، منشاة المعارف بالاسكندرية ، ١٩٩٣م، ص١١٦ .

وقد اتبعت بعض الدول المتقدمة اساليب حديثة لاجراء المناقصات العامة منها الاعلان الالكتروني عن طريق الحاسوب أو بطريق شبكة الانترنيت حيث لايوجد تعارض بين نصوص القانون وبين اتباع الوسائل الحديثة لغرض التعاقد الاداري فقد صدر في فرنسا مرسوم رقم ٦٨ بتاريخ ٣/ ٢/ ١٩٩٩ حول ((آليه وضع نماذج المعاملات الادارية مباشرة وكذلك اجراءات التعاقد الاداري عبر شبكة المعلومات الدولية)) (١) ، وفي امريكا صدر القانون الفيدرالي في ٢١ / اكتوبر ١٩٩٨ الذي يهدف إلى التخلص من العمل الورقي في الادارات كما قررت دولة الامارات العربية المتحدة اعتماد النظام الالكتروني في الدوائر والمؤسسات الحكومية وطلبت عرض اعلاناتها الخاصة بشركات النقال والشركات العامة عبر موقع شبكة المعلومات الدولية(٣)، ويلاحظ تطور طريقة اجراء المناقصات العامة وذلك بالاستناد إلى النصوص القانونية النافذة مع اتباع الوسائل الحديثة في الاعلان واجراء المناقصة العامة تمهيداً للتعاقد وهو ما يعني اهمية مسايرة اساليب التعاقد الاداري للوسائل الحديثة ،إن الاجراءات السابقة التي بيناها تخص المناقصة العامة سواء اجريت باسلوب تقليدي أو باسلوب حديث الا ان هناك نوعين اخرين من إنواع المناقصة هما المناقصة المحدودة والمناقصة المحلية(٤).

والمقصود بالمناقصة المحدودة هي تلك المناقصة التي تتطلب خبرة فنية خاصة حيث إن الادارة تضع قائمة بالاسماء الذين يجوز لهم الاشتراك في المناقصة المحدودة ممن تتوافر فيهم الشروط الخاصة المطلوبة وهي استثناء من الاصل ويتبع فيها نفس اجراءات المناقصة العامة الا ما يتعلق منها بالشروط الخاصة في هذه المناقصة أما المناقصة المحلية فهي احتكار المناقصة على

---

(١) د. محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ م، ص٢٨.

(٢) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، ٢٠٠٣ ص٨٢ .

(٣) د. عزيزة الشريف ، نظرية العقد الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ م، ص١٦٧ .

الاشخاص المسجلين لدى الجهة الادارية المعينة دون غيرهم استثناءاً من الاصل ايضاً وهي تستخدم لاغراض محلية وبمبالغ قليلة نسبياً تحول بها السلطات المحلية ومثالها العقود الادارية التي تجريها المحافظات بحيث يكون المشتركين في المناقصة من اهالي المحافظة أو الساكنين فيها ولا يسمح لغيرهم من المشاركة في المناقصة المحلية أما مثال المناقصة المحدودة هو حاجة شركة النفط إلى خبراء في النفط من المهندسين والفنيين فهي لا تسمح بالاشتراك في المناقصة المحدودة الا من يحمل مؤهلات علمية معينة فنية وهندسية وكذلك خبرات طويلة فلا تسمح لغيرهم بالاشتراك في المناقصة المحدودة .

ب- اجراءات المزايدات العامة :

المزايدة العامة هي وسيلة لاختيار المتعاقد مع الادارة الذي يتقدم باعلى عطاء وتلجأ اليها الادارة اذا ارادت إن تبيع أو تؤجر املاكها وتتشابه الاحكام القانونية للمزايدات مع المناقصات برغم الاختلاف بينهما في مسائل محددة اهمها إن المناقصة وسيلة للتعاقد لمن يتقدم للادارة باقل عطاء بينما المزايدة وسيلة للتعاقد لمن يتقدم للادارة باعلى عطاء فكلاهما يهدفان إلى تحقيق المبالغ المالية للخزينة العامة وتقصد بها الادارة تحقيق المصلحة العامة[1]، ولهذا فان بعض القوانين في الدول العربية كما هو الحال في مصر نظمت المناقصات والمزايدات العامة في قانون واحد هو قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ النافذ وفي لبنان نظمت اساليب اختيار المتعاقد مع الادارة ومنها المناقصات والمزايدات في قانون المحاسبة العمومية اللبناني[2]، وذلك في المادة ١٢١ من هذا القانون ، أما في العراق فان القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ وهو قانون بيع وايجار اموال الدولة نظم اجراءات المزايدة واوجب على الادارة اتباعه عند اختيار من تتعاقد معه بينما الحال في فرنسا هو حرية الادارة في اختيار من تتعاقد معه مالم يلزمها المشرع باسلوب معين وحتى في مصر التي اشرنا إلى

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية ، مرجع سابق ، ص٦٢٧

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الادارية ، مرجع سابق، ص١٠٢ .

قانونها النافذ سابقاً فان الاصل هو حرية الادارة في اختيار المتعاقد الا اذا وجد نص تشريعي يوجب على الادارة اتباع الاجراءات الوارد ذكرها في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨[١] .

وما يتعلق بالاجراءات الواردة في قانون بيع وايجار اموال الدولة العراقي رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ وبالذات اجراءات المزايدة في هذا القانون فانها تبدأ بالاعلان عن المزايدة في صحيفة محلية ويجوز نشره بوسائل الاعلان الاخرى وبعد ثلاثين يوماً من نشر الاعلان تتم المزايدة وتكون علنية ويجب أن لا تفتتح المزايدة باقل من ٧٠ ٪ من القيمة التقديرية التي قررتها لجنة تقدير قيمة المال أو المبلغ الذي حددته كبدل للايجار ، وبعد رسو المزايدة على آخر شخص قدم اعلى عطاء ولم يزيد عليه احد خلال خمسة دقائق من وقت رسو المزايدة على المزايد الاخير الذي رست عليه المزايدة فان هذا المزايد الاخير هو المرشح للتعاقد مع الادارة و اذا لم يصل المبلغ في المزايدة إلى القيمة التقديرية التي حددتها لجنة التقدير[٢]، فيصار إلى تحديد مزايدة جديدة وباعلان جديد خلال خمسة عشر يوماً تبدأ من اليوم التالي لنشر الاعلان الجديد واذا رست المزايدة على شخص معين فيجوز الضم (كسر القرار) خلال خمسة ايام على أن لا يقل مبلغ كسر القرار عن ١٥ ٪ من المبلغ الذي قدمه المزايد الاخير والذي رست عليه المزايدة وبعد ذلك تفتح مزايدة جديدة على اساس كسر القرار خلال سبعة ايام من اليوم الذي يلي الاعلان الذي حدد بعد الضم ولا يجوز الضم على المزايدة الاخيرة[٣] التي استندت على كسر القرار الا انه اذا لم يصل المبلغ في المزايدة التي تلت كسر القرار إلى ٨٠٪ من القيمة التقديرية يعاد التقدير من قبل لجنة جديدة وتفتح

---

(١) د. ماهر صالح علاوي ، مبادئ القانون الاداري ، جامعة الموصل ، دار الكتب للطباعة والنشر ، ١٩٩٦، ص٢٢٩ .

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر ، احكام بيع وايجار اموال الدولة ، دراسة في ضوء القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ ، مطبعة الخيرات ، بغداد ، ٢٠٠٠ م، ص ٣٨.

(٣) المادة السادسة والعشرون الفقرة السادسة من قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ .

مزايدة جديدة ويجب تصديق قرار البيع أو الايجار من الجهة الادارية المخولة بالتصديق قانوناً ، واذا نكل من رست عليه المزايدة في الشراء أو الايجار يعرض العقار أو المأجور على المزايد ما قبل الاخير فاذا وافق يضمن المزايد الاخير الناكل فرق البدلين من تأميناته المودعة لدى الادارة واذا لم تكفي التأمينات فيحجز على امواله الاخرى ليتم استيفاء فرق البدلين منها واذا رفض المزايد ما قبل الاخير رسو المزايدة عليه تجري مزايدة جديدة خلال خمسة عشرة يوماً ويضمن المزايد الناكل فرق البدلين بالاضافة إلى المصاريف الجديدة الناجمة عن المزايدة[1] .

ومما يجدر ذكره إن قانون بيع وايجار اموال الدولة النافذ لا يعتبر قانوناً جامعاً للاحكام التي تستند اليها الادارة في التعاقد الاداري وان كان من القوانين الرئيسية التي تعتمد عليها الادارة في بيع وايجار الاموال المنقولة وغير المنقولة حيث يوجد إلى جانب هذا القانون عدد من القوانين الاخرى التي تنظم كيفية التعاقد الاداري ومنها قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم ٦٠ لسنة ١٩٨٥ وقانون شركات المقاولات رقم ٦٦ لسنة ١٩٨٧ والتعليمات الخاصة بتنفيذ ومتابعة مشاريع واعمال خطط التنمية لعام ١٩٨٨[2] .

ونستنتج من ذلك الحاجة الـ تشريع موحد يبين كيفية ابرام العقود الادارية في العراق بدل إن تكون اساليب التعاقد الاداري موزعة على قوانين مختلفة معظمها لم يعد يواكب التطورات الحاصلة لتسهيل الامر على الاداره في ابرام عقودها الادارية استناداً إلى نص القانون ومنح الادارة سلطة تقديرية في ابرام العقود الادارية في الاحوال التي لا يقيدها القانون لتحقيق المصلحة العامة ولمنحها قدراً من المرونة التي يتطلبها العمل الاداري كما هو الحال في فرنسا ومصر ، ومن ـل مواكبة التطور الحاصل ولغرض ابرام العقود الادارية بسرعة وبشكل موحد استحدثت وزارة التخطيط بداية عام ٢٠٠٨ محكمة ادارية

---

(١) الجبوري ، العقود الادارية ، المصدر السابق ص٧٦ .

( ) ... عبد الرزاق ، النظام القانوني للاحالة في العقود الادارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، ١٩٩٧ ص١٩١ .

خاصة بابرام العقود الادارية لتذليل العقبات امام ابرام العقود الاستثمارية الكثيرة ذات الطبيعة الادارية حسبما جاء في اسباب انشائها[1] ، والملاحظ إن استحداث محكمة ادارية في وزارة التخطيط التي هي جزء من السلطة التنفيذية ينافي مبدأ الفصل بين السلطات ويعتبر تدخلاً في استقلال القضاء وكان الأولى استحداث جهاز قانوني في الوزارة يشرف على ابرام العقود الادارية واقتراح تشريع قانون ينظم اساليب التعاقد الاداري يصدر من مجلس النواب باعتباره السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص ولا يمنع أن تقدم وزارة التخطيط اقتراحاتها بهذا الشأن عن طريق مجلس الوزراء ليصدر قانون يجمع كافة اساليب التعاقد الاداري لتطبيقه السلطة الادارية في ابرام عقودها .

ويقصد بالمزايدات الإلكترونية ذلك الإجراء الذي يتقدم بموجبه المرشح لإبرام العقد الإداري بعطاء الثمن عن طريق وسيط إلكتروني، وفي مدة زمنية يحددها الشخص العام، ويعلم بها مسبقا من قبل المرشحين[2] ، وبالتالي فإن هذا النوع من المزايدات لا يختلف عن المزايدات العلنية المعروفة في القانون المدني، من خلال التنافس بين المرشحين على المنقولات بأثمان مختلفة تكون في جلسة علنية يعرفها جميع الموردين، في حين أنها تختلف عن المزايدات الإلكترونية بأنها منصبة على عقد التوريد، وتريد الإدارة الحصول على ثمن أقل في توريد منقولاتها، ولذلك يطلق الفقة الفرنسي على هذا النوع المزايدات الإلكترونية المعكوسة[3] .

---

(١) الامر الوزاري الصادر بتاريخ ٢٦/ ١/ ٢٠٠٨ في وزارة التخطيط لابرام العقود الادارية الاستثمارية .

(٢)
Article (12) DIRECTIVE 2004/18/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 31 mars 2004relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, defournitures et de services.

(٣) يقصد بالتوريد بأنه اتفاق يتعهد بمقتضاه فرد أو شركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لإدارة مرفق عام مقابل ثمن معين، د. فاروق أحمد خماس، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، ١٩٩٢م، ص٥٥.

ولقد ظهر هذا النوع من المزايدات لأول مرة في هولندا، إذ يتقدم المرشحون بعطاءاتهمفي مظاريف مغلقة، وبطريقة سرية إلى الإدارة، ويعلن البدء عن المزاد العلني عبر شبكة المعلومات الدولية، ويبدأ التنافس حتى يتم التوصل إلى الثمن الأقل، ورسو المزاد على ذلك[1] .

تكم إجراءات المزايدة الإلكترونية من خلال إلتزام الإدارة بالاعلان عن المزايدة عبر شبكة المعلومات الدولية، يتضمن هذا الإعلان موضوع المزايدة مع ذكر كل المعلومات والشروط الفنية والمالية، وكذلك مدد التنفيذ التي يتم من خلالها المزايدة، بالاضافة.إلى أن تقديم العطاءات يستلزم إرسال المرشحين لتوقيعاتهم الإلكترونية ، ويجب على الإدارة توفير الحماية لهذه التوقيعات، التي يجب أن تكون مطابقة للشروط المنصوص عليها في المواد ١٣١٦/ ١/ ٤ من القانون المدني الفرنسي، ويجب على الإدارة إعلام المرشحين بأثمان العروضفي كل مرحلة من مراحل المزايدة، ويتم ترتيب الموردين من الثمن الأعلى إلى الثمن الأقل، دون أن تعرف هويتهم في كراسة الشروط، ويجوز تمديد المدد القانونية إا تضمن كراسة الشروط ذلك، مع ذكر أسباب التمديد، وكيفية طلبه من المرشحين، وإذا ما توصلت الإجارة إلى العطاء الأفضل من الناحية الفنية والمالية يمكن غلق باب التنافس، ويعد الايجاب المقدم من المرشح عبر شبكة الانترنت هو الايجاب الإلكتروني، واعتمادالسلطة المختصة لهذا العرض من خلال ذاات الشبكة هو القبول الإلكتروني[2] .

ثانيا: التعاقد الإداري باسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر

تلجأ الادارة إلى التعاقد باسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر في حالات

---

(١)
Décret n° 2004-17 du 6 janvier 2004 modifiant certaines dispositions du code général des collectivités territoriales relatives au concours particulier créé au sein de la dotation générale de décentralisation au titre de l'établissement et de la mise en oeuvre des documents d'urbanisme.

(٢) د. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص١١٨-١١٩.

الاستعجال عند ما يكون من تتعاقد معه صاحب احتكار أو أن العقد فيه درجة من السرية تتطلبها مستلزمات الامن الوطني حيث يتميز اسلوب التعاقد بهذين الطريقين بالاختصار والابتعاد عن الاجراءات التي يتطلبها اسلوب المناقصات أو المزايدات العامة أو اختزال جزء من تلك الاجراءات خاصة في الممارسة كما إن اسلوب الممارسة والاتفاق المباشر يمنح الادارة قدراً من السلطة التقديرية في اختيار من تتعاقد معه وسنفرد لكل من اسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر عنصراً مستقلاً .

١- **التعاقد الاداري اسلوب الممارسة :**

الممارسة اسلوب من اساليب التعاقد الاداري تملك فيه الادارة سلطة تقديرية لاختيار من تريد التعاقد معه فالتعاقد بالممارسة يتطلب اتباع بعض اجراءات المناقصة الا إن الممارسة تختلف عن اسلوب التعاقد بالمناقصة العامة وهو إن الادارة ملزمة بالتعاقد مع من حددته لجنة البت في العطاءات حسب الية الارساء اذا تعاقدت باسلوب المناقصة[1]، إما اذا تعاقدت الادارة باسلوب الممارسة فهي غير ملزمة بالتعاقد مع من حددته لجنة البت بل هي تملك السلطة للتعاقد مع من قدم افضل عطاء وحسب سلطتها التقديرية وليس بالضرورة إن يكون المتعاقد معها صاحب العطاء الاقل كما هو الحال في المناقصة ، والممارسة قد تكون عامة كما هو الحال في المناقصة العامة أي إن الممارسة توجه إلى الجميع دون استثناء أما الممارسة المحدودة فهي تقتصر على التعاقد مع اشخاص أو جهات معينة بالذات لانها تمارس نشاطاً مطلوباً يتميز به بعض الاشخاص أو الشركات[2]، فتضطر الادارة إلى دعوة الجهات والاشخاص للحصول على اشياء أو خبرات أو دراسات لا توجد الا لدى بعض الافراد أو الشركات وتلجأ الادارة إلى التعاقد عن طريق الممارسة في عقد التزام المرافق العامة حيث إن هذا

(١) د. رأفت فودة ، دروس في القانون الاداري والعقود الادارية والاموال العامة ، مكتبة النصر ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٥م، ص ٤٣ .

(٢) د. مصطفى عبد المقصود سليم ، معيار العقد الاداري واثره على اختصاص مجلس الدولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥م، ص٧١

العقد يتطلب تقديم خدمات مستمرة للجمهور وبالتالي يستوجب الامكانية المالية والفنية التي لا تتوافر الا عند عدد محدود من الاشخاص المعنوية[1]، إن اتباع اسلوب الممارسة كوسيلة للتعاقد الاداري يجنب الادارة عيوب ابرام العقد عن طريق المناقصات أو المزايدات العامة كما إن اجراءات المناقصات والمزايدات لا جدوى منها اذا كان النشاط موضوع التعاقد محتكر لدى جهة معينة مما يعني عدم وجود المنافسة واحياناً الادارة لا تستطيع مسبقاً تحديد الكميات أو الاعداد التي تحتاجها من الاشياء[2]، وبالتالي يصعب عليها التعاقد عن طريق المناقصة فتلجأ إلى اسلوب الممارسة كما إن بعض العقود الادارية تتطلب الاشراف المستمر والمتابعة من قبل الادارة أكثر من غيرها خاصة تلك العقود ذات الصلة باحتياجات الجمهور الاساسية كالكهرباء والماء والوقود مما يستوجب من الادارة التعاقد باسلوب الممارسة لاختيار افضل الراغبين بالتعاقد معها[3].

وقد ساير القضاء الاداري اتجاه الادارة إلى التعاقد باسلوب الممارسة لمقتضيات المصلحة العامة ودوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد فقد جاء في حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بتاريخ ١٨ / ٣/ ١٩٦٧ ليقرر ((إن الاصل في التعاقد عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر هو حرية الادارة في اختيار من يتعاقد معها وان كانت الحرية في الاختيار لا ينتفي معها اخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانوني معين، ومع ذلك يجب التنويه بانه ليس ثمه اسلوب واحد تلزم به جهة الادارة لاختيار متعاقد معين طالما كانت تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة))[4]، الممارسة هو استثناء من الاصل الذي ينبغي إن

---

(١) د. محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الاداري، مرجع سابق، ص٥٣٤ .

(٢) د. محمد فؤاد مهنا ، مبادئ واحكام القانون الاداري ، منشاة المعارف بالاسكندرية ،١٩٨١م، ص٢١٨ .

(٣) د. محمد سعيد امين ، فكرة العقود الادارية واحكام ابرامها ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ١٩٩٢ م، ص ٧٦ .

(٤) د. عمر حلمي ، معيار تمييز العقد الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٦٣م، ص٨٧ .

يجري التعاقد وهو طريق المناقصات والمزايدات العامة ولهذا ينبغي عدم اللجوء إلى الطريق الاستثنائي في التعاقد الاداري الا في حالات معينة منصوص عليها في القانون حصراً كحالات احتكار الاشياء أو الخبرات التخصصية أو ذات العلاقة بالامن الوطني أو استيراد الطيور والحيوانات لغير اغراض التغذية والمقاولات التي تتصف بالاستعجال أو تقتضي المصلحة العامة اجراءها بسرية ولهذا فان القانون المصري حدد حالات التعاقد بالممارسة حصراً في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ... فعل المشرع اللبناني الذي يسمي اسلوب الممارسة ، التعاقد بطريقة استدراج العرض والمقصود به هو اسلوب الممارسة المتبع في مصر الا إن اسلوب استدراج العرض في القانون اللبناني يستوجب موافقة الوزير قبل اقتراح الادارة على التعاقد بهذا الاسلوب[1]، إما في ليبيا فان المشرع خول الادارة التعاقد باسلوب الممارسة عن طريق تقديم العروض وفقاً للاجراءات التي تتبع بشأن المناقصات المحدودة كما انه اجاز الممارسة المقصورة على اشخاص أو جهات معينة توجه لهم دعوات لتقديم عروضهم حول موضوع الممارسة وتتضمن الدعوة موعد اللقاء مع الادارة للتفاوض من اجل الوصول إلى افضل الاسعار والشروط [2]، وفي العراق فان قانون بيع وايجار اموال الدولة النافذ لم يتضمن نصوصاً صريحة تنظم التعاقد باسلوب الممارسة كما هو الحال في مصر ولبنان وليبيا كما أن القانون العراقي في الواقع نظم من حيث الاصل قواعد بيع وايجار اموال الدولة سواء بالمزايدات العامة أو بالطريق المباشر لذا فان الحاجة تدعو المشرع العراقي لان يصدر قانوناً يتضمن اساليب التعاقد الاداري ويتضمن التعاقد باسلوب الممارسة على وجه الخصوص لوجود المبررات الكثيرة والواقعية التي تدعو إلى التعاقد بهذا الاسلوب ولعل ما ذكر في القانون المصري واللبناني والليبي يوضح تلك المبررات بالنصوص القانونية التي تضمنتها تلك القوانين والتي اشرنا اليها سابقاً وما قلناه بشأن استخدام الوسائل الالكترونية والانترنت لغرض التعاقد باسلوب المناقصات والمزايدات العامة يصح

(١) د. حسين عثمان محمد عثمان، اصول القانون الاداري ،مرجع سابق، ص٦١٩ .

(٢) د. محمد انس جعفر ، العقود الادارية ، مرجع سابق، ص٦٨ .

استخدامه اذا ارادت الادارة التعاقد باسلوب الممارسة خاصة وان الممارسة قد توجه إلى اشخاص –معينين أو جهات أو شركات محددة بالذات لكونها صاحبة نشاط معين أو تملك خبرات نادرة[1] ، كما إن اتساع نشاط الدولة وتدخلها في مفاصل كثيرة يدعوها إلى ابرام العقود الادارية بينها وبين الافراد والشركات أو قد تبرم العقود الادارية بين الهيئات المختلفة في الدولة الواحدة نظراً لوحدة الهدف الذي تبتغيه الادارة وهو الصالح العام.

وفي العقد الإداري الإلكتروني، فإن الإعلان عن الممارسة يمكن التعرف عليه في فرنسا من خلال نص المادة (٢) من المرسوم رقم ٢٠٠٢-٦٩٢ إذ يتم في موقع النشرة الرسمية لإعلانات العقود الإدارية، وفي موقع الشخص المعنوي المسئول عن العقد[2] ، وفي مجال العقد الإداري الإلكتروني، فإنه استنادا

(١) د. داود عبد الرزاق الباز ، الادارة العامة (الحكومة الالكترونية) واثرها على النظام القانوني للمرفق العام واعمال موظفية ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، ٢٠٠٤ ص٣١٨ .

(٢)

Article(2) du **Décret n°2002-692 du 30 avril 2002 pris en application du 1° et du ٢° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics** « Conformément aux dispositions de l'article 56 (1°) du code des marchés publics, la personne publique peut mettre le règlement de la consultation, le cahier des charges, les documents et renseignements complémentaires à la disposition des personnes intéressées sur un réseau informatique dont les modalités d'accès sont précisées dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Quelle que soit la procédure, les personnes intéressées doivent pouvoir consulter et archiver sur leur ordinateur le règlement de la consultation. Les personnes intéressées, dans le cadre d'un appel d'offres ouvert, et les candidats invités à présenter une offre, dans le cadre d'une mise en concurrence simplifiée, d'un appel d'offres restreint ou d'une procédure négociée, doivent pouvoir également consulter et archiver sur leur ordinateur le cahier des charges, les documents et renseignements complémentaires. A cet effet, ils fournissent le nom de l'organisme, le nom de la personne physique téléchargeant les documents et une adresse permettant de façon =

للأحكام المنصوص عليها في المادتين ١٣١٦، ١٣١٦-٤ من القانون المدني الفرنسي، لإن تقديم العطاءات يكون عن طريق الوسائط الإلكترونية، أو عن طريق البريد العادي، ومهما تكن الوسيلة، فيجب أن تكون العطاءات موقعة من أصحابها أو من الممثل القانوني عن طريق التوقيع الإلكتروني في حالة اختيار أسلوب الوسائط الإلكترونية[١].

وإنه بعد الإعلان عن الممارسة وتقديم العطاءات عبر شبكة المعلومات الدولية، يقوم الشخص المعنوي العام بنشر قائمة المرشحين المقبولة عروضهم على هذه الشبكة، ثم التفاوض معهم للوصول إلى أفضل العروض فنيا وماليا، وانعقاد العقد الإداري الإلكتروني يكون بعلم وصول إخطار السلطة المختصة

=

certaine une correspondance électronique assortie d'une procédure d'accusé de réception .

Dans le cadre d'une mise en concurrence simplifiée, d'un appel d'offres restreint ou d'une procédure négociée, la personne responsable du marché peut également envoyer par voie électronique la lettre de consultation aux candidats invités à présenter une offre. Ceux-ci sont alors avisés qu'ils sont habilités à télécharger le dossier de la consultation. Hormis le cas des marchés négociés sans publicité préalable, mention doit avoir été faite de cette possibilité dans l'avis d'appel public à concurrence .

Les personnes intéressées et les candidats peuvent demander que les documents mentionnés au premier alinéa leur soient envoyés par voie postale, sous forme d'un support physique électronique ou sous forme d'un support papier .

Les candidats qui choisissent de prendre connaissance par voie électronique des documents mentionnés au premier alinéa conservent la possibilité, au moment du dépôt de leur candidature ou de leur offre, de choisir entre la transmission par voie électronique et la transmission sur un support papier ou, si le règlement de la consultation le permet, la transmission sur un support physique électronique

(١) د. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص٩٧.

بإبرام العقود الإدارية إلى المرشح المقبول، وتأكيده بوصول هذا القبول من طرف الجهات المختصة بتوثيق العقود وهي مقدم خدمة التوثيق حسب التوجيهات الأوروبية، والقانون الفرنسي، وبالتالي يكمن دور هذه الجهة في توثيق العقد الإداري الإلكتروني، وإعطائه الحجية القانونية لها ليكون حجة على الجميع [1].

٢- التعاقد الاداري بالاسلوب المباشر:

التعاقد المباشر اسلوب من اساليب التعاقد الاداري تتبعه الادارة بصورة استثنائية للتعاقد مع طرف قد يدير مشروعاً يتطلب اموالاً طائلة بحيث لا يستطيع عليه الافراد أو أن الطرف الاخر الذي تريد التعاقد معه الادارة صاحب اختصاص نادر بشأن دراسات معينة أو خبرات خاصة أو أن الخدمات والاشياء التي تحتاجها الادارة محتكرة عند جهة معينة لا يوجد من ينافسها وقد قلنا سابقاً إن طريق الممارسة هو طريق استثنائي عن الاصل في ابرام العقود الادارية وما يتعلق بابرام العقد بالاسلوب المباشر فانه أكثر استثنائية [2]، من طريقة الممارسة لانه في طريقه الممارسة يتم اتباع اجراءات المناقصة العامة عدا أن الادارة في ... العقد بطريقة الممارسة غير ملزمة بالتعاقد مع من حددته لجنة البت في العطاءات بل هي تملك سلطة تقديرية في اختيار افضل متعاقد أما في الأتفاق المباشر فلا وجود لاجراءات المناقصة اصلاً بل أن الادارة تتعاقد بشكل مباشر وسريع وباجراءات مختصرة مع صاحب الاحتكار أو المشروع أو صاحب الخبرة التخصصية أو مورد الحاجات والاشياء التي تحتاجها الادارة خاصة في الحالات العاجلة والمتعلقة بالامن الوطني أو الازمات التي تتطلب ابرام عقود ادارية سريعة التنفيذ لحاجة البلاد اليها.

في **مصر** نصت المادة السابعة من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ النافذ ((يجوز في الحالات العاجلة التي لاتحتمل اتباع اجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع انواعها ، إن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناءاً على

---

(١) د. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص١٠٤.

(٢) لائحة العقود الادارية الصادرة في ليبيا رقم ٢٦٣ لعام ٢٠٠٠ المادة ١١/ ٢ .

ترخيص من رئيس الهيئة أو رئيس المصلحة أو من الوزير المختص ومن له سلطاته أو المحافظ فيما لا يتجاوز قيمته مائة الف جنيه ولرئيس مجلس الوزراء في حالة الضرورة القصوى إن ياذن بالتعاقد المباشر))[1].

ويلاحظ على هذا النص انه حدد الجهات التي تسمح للادارة بالاتفاق المباشر وابرام العقد الاداري وفق هذا الاسلوب كما إن النص خول الادارة سلطة تقديرية واسعة لا يحدها سوى الانحراف ب سعمال السلطة كما أن القانون المصري المذكور سابقاً اجاز للهيئات الادارية أن تتعاقد فيما بينها وباسلوب الاتفاق المباشر اذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة السابعة سالفة الذكر ولغرض الاتفاق المباشر فان الادارة تضع مسبقاً دفاتر الشروط[2]، وهي تتضمن كافة شروط العقد أو معظمها على أن تكملها عند التعاقد مباشرة مع الشركات أو الاشخاص الذين يتعاقدون معها والشروط المدرجة في هذه الدفاتر هي شروط تعاقدية الا إن هناك دفاتر شروط تتضمن شروطاً تعاقدية واخرى تنظيمية وهي تستخدم لابرام بعض العقود الادارية ومنها عقد التزام المرافق العامة وهو عقد يقوم فيه صاحب الامتياز فرد أو شركة خلال مدة محدودة على نفقته ومسؤوليته بادارة احد المرافق فهناك شروط تعاقدية بين الادارة وصاحب الامتياز من جهة وأخرى تنظيمية بين صاحب الامتياز والمنتفعين بالمرفق من جهة أخرى[3]، وما يخص الاتفاق المباشر فانه يحصل بين الادارة وصاحب الامتياز، وبهذا فان الادارة في التعاقد بالاسلوب المباشر تتخلص من الاجراءات الواجب اتباعها في المناقصات والمزايدات العامة وفي الممارسة وتملك سلطة تقديرية واسعة في اختيار من يتعاقد معها ولهذا فان المشرع اوجب على السلطة الادارية الحصول على موافقات من جهات معينة لغرض ابرام العقد بهذه الطريقة.

---

(١) د. حمدي ياسين عكاشة، العقود الادارية في التطبيق العلمي، مرجع سابق، ص٣١٢.

(٢) د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الاداري، مرجع سابق، ص ٦١٨.

(٣) د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ واحكام القانون الاداري، مرجع سابق، ص٢٥٠١.

وفي لبنان يتم الاتفاق المباشر بين الادارة ومن يتعاقد معها تحت عنوان التراضي حسبما ورد في المادة ١٢١ من قانون المحاسبة العمومية اللبناني التي ورد فيها ((تعقد صفقات اللوازم والاشغال والخدمات بالمناقصات العمومية غير انه يمكن في الحالات المبينة فيما يلي عقد الصفقات بطريقة المناقصة المحصورة أو استدراج العروض أو التراضي أو بموجب بيان أو فاتورة)) [١]، وقد حدد القانون الحالات التي يجب أن يكون التعاقد فيها باسلوب الاتفاق المباشر (التراضي) والجهات الادارية المخولة بذلك والصلاحيات الممنوحة لكل جهة من الناحية المالية وقد بين القانون المذكور ضرورة التعاقد بالاسلوب المباشر في الاشغال ذات الطابع السري والاشياء المحتكرة من اشخاص أو شركات وكذلك الاشغال ذات الطابع الفني مثل عقد امتياز المرافق العامة وهناك اسلوب التعاقد بفاتوره الحساب حيث يجوز اللجوء للتعاقد بهذا الاسلوب بما لا تتجاوز قيمته سبعمائة وخمسون الف ليره لبنانية[٢] ، وفي ليبيا يسمى الاتفاق المباشر التكليف المباشر حسبما جاء في لائحة العقود الاداريه رقم ٢٦٣ لعام ٢٠٠٠ الصادره في ليبيا التي تخول الاداره حرية التعاقد الاداري بشكل مباشر وبدون اجراءات مطوله[٣] ، أي باصدار أمر بالشراء أو التكليف بالاعمال مباشره من المختص بابرام العقود الاداريه وقد بينت اللائحه المذكوره الاحوال التي يجوز فيها التكليف المباشر وهي العقود التي يتطلبها الامن الوطني أو التعاقد مع هيئات تنفيذا لاتفاقيات دوليه وحالات عدم تقدم احد للتعـ ـد بطريق المناقصات أو الممارسة أو الشراء قطع الغيار أو المستلزمات الطبية أو حالات الضرورة العاجله أو المواد المحتكرة لدى جهة معينه ويجب اخذ الاذن بالتعاقد عن طريق التكليف المباشر من الجهات المختصة التي حددتها اللائحة وفي حدود الاعتمادات المالية ويلاحظ إن القوانين العربية المذكوره في مصر

---

(١) د. سعاد الشرقاوي ، العقود الاداري ، مرجع سابق، ص٢٧٨.

(٢) د. حسين عثمان محمد عثمان ، القانون الاداري ، اعمال الادارة العامة ، منشورات الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٨م ص٤٣١ .

(٣) د. هيام مروة ، القانون الاداري الخاص ، مرجع سابق، ص٨٤ .

ولهذا بينا نضمت طريقة التعاقد باسلوب الاتفاق المباشر وحددت الجهات المختصة بذلك بل انها حددت المبالغ المالية المسموح بها لغرض إلتعاقد بالاسلوب المباشر ولبعض الهيئات الادارية.

وينطبق ما قلناه سابقاً بخصوص امكانية استخدام شبكة المعلومات الدولية في التعاقد بالاساليب السابقة على اسلوب التعاقد المباشر فمثلاً جاء نص المادة الاولى من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ الصادر في دولة الامارات العربية المتحدة ليؤكد انه ((يجوز ان يتم التعاقد بين وسائط الكترونية متضمنة نظام معلومات الكترونية او اكثر معدة او مبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهمات ويتم التعاقد صحيحاً ونافذا لاثارة)) كما نصت المادة السابعة فقرة اولاً من قانون امارة دبي على ((لا تفقد الرسالة الالكترونية إثرها القانوني او قابليتها للتنفيذ لمجرد انها جاءت في شكل الكتروني))[1].

ويتناسب أسلوب الاتفاق المباشر مع العقد الإداري الإلكتروني، لأن هذا الأسلوب يعد بعيدا عن الإجراءات المعقدة التي تحكم الممارسات، فالمادة ٣٤ من قانون العقود الإدارية في فرنسا تعطي للإدارة الحرية في الإعلان عن العقد، وإن أعلنت عن ذلك، فإنه يتم طبقا لإجراءات الإعلان عن الممارسة المحدودة، والجدير بالملاحظة أن أسلوب الاتفاق المباشر مع أحد المرشحين لا يتم على وفق توصيات لجنة البت إلى السلطة المختصة، وإنما يتم مباشرة بين الشخص العام والمرشح، وذلك بإعلان إيجابه الإلكترونيمن خلال شبكة المعلومات الدولية، سواء من خلال البريد الإلكتروني أو غيرها من الوسائط الالكترونية الأخرى، وتقوم الإدارة بعدها بالتفاوض مع المتعاقد بإرسال القبول من خلال الوسائط الإلكترونية المعروفة، فينعقد العقد بمجرد علم المرشح بذلك[2].

ويمكن أن نخلص مما سبق الآتي:

---

(١) د. داود عبد الرزاق الباز ، الادارة العامة (الحكومة الالكترونية) وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام واعمال موظفيه ، مرجع سابق، ص٣١٩

(٢) د. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، مرجع سابق، ص١٠٤.

اولاً:- العقد الاداري من اعمال الادارة القانونية الذي تستخدم فيه الادارة اساليب القانون العام لتسيير المرافق العامة واشباع الحاجات الاساسية وما يميزه عن عقود القانون الخاص هو السلطة التي تستأثر بها الادارة باعتبارها الطرف الاقوى في الاتفاق العقدي الاداري وهي ملزمة بالتقيد بالاجراءات التي اوجبها القانون لتحقيق المصلحة العامة التي هي غاية الادارة .

ثانياً :- تستند الادارة على مجموعة من الاسس في ابرام عقودها الادارية كالعلانية وحرية المنافسة والمساواة بين المتعاقدين وتفيد الادارةبقواعد الاختصاص بحيث لا تستطيع الادارة التنصل من هذه الاسس لانها تستند بالاصل على الدستور الذي يساوي بين الناس في الحقوق والواجبات وحق المشاركة في النشاطات العامة وتكافؤ الفرص وبذلك فان مخالفة الادارة لهذه الاسس في ابرام عقودها الادارية يجعل منها عقوداً غير مشروعة .

ثالثاً:- الاسلوب الاساسي الذي يعتمد في ابرام العقود الادارية هو اسلوب المناقصات والمزايدات العامة وهو ما نصت عليه معظم الدول التي نظمت اساليب التعاقد الاداري وعلى الادارة التقيد بالاجراءات المنصوص عليها قانوناً لابرام العقد وفق هذا الاسلوب بما فيها التعاقد مع من حددته لجنة البت في العطاءات . وفق آلية ارساء المناقصة وهو من قدم العطاء الاوطأ كما ان الادارة ملزمة بالتعاقد مع من قدم اعلى عطاء في المزايدة العامة وبذلك تكون سلطة الادارة مقيدة بالنصوص القانونية التي تنظم التعاقد بالمناقصات والمزايدات العامة وتوجب على الادارة اتباعها بنص القانون .

رابعاً :- تمتلك الادارة سلطة تقديرية في التعاقد الاداري اذا تم التعاقد باتباع اسلوب الممارسة حيث ان الادارة غير ملزمة بما تقرره لجنة البت في العطاءات بل ان الادارة لها حرية في اختيار المتعاقد الافضل وليس بالضرورة ان يكون من قدم العطاء الاوطأ في المناقصة او من قدم العطاء الاعلى في المزايدة ويعتبر طريق التعاقد بالممارسة أستثناء من الاصل تتبعه الادارة من اجل الحصول على خبرات معينة او اشياء نادرة او في حالة احتكار الخدمات لدى اشخاص او جهات معينة

خـ... -- تلجأ الادارة للتعاقد باسلوب الاتفاق المباشر في حالة حاجتها الى خدمات او اشغال تتطلب اموالاً طائلة لا تتوافر الا عند عدد محدد من الافراد او الجهات او من اجل الحصول على اشياء او خبرات او دراسات تتعلق بالامن الوطني وبذلك فان اسلوب التعاقد المباشر يشبه في هذه الناحية اسلوب الممارسة باستثناء ان التعاقد المباشر لا يتطلب الاجراءات الخاصة بالممارسة كالاعلان ولجان التقدير و تقديم العطاءات وفتح المظاريف بل ان التعاقد المباشر يحصل بالاتفاق المباشر وبإجراءات سريعة وهذا يطبق كثيراً في الحالات العاجلة التي لا تحتمل تأخير .

سادساً :- يوجد قانون موحد ينظم اساليب التعاقد الاداري في مصر ولبنان وليبيا حيث تنظم هذه الدول اساليب التعاقد الاداري انما توجد قوانين متفرقة توضح بعض جوانب التعاقد الاداري كالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦ الخاص ببيع وإيجار اموال الدولة ويعتبر هذا القانون هو الرئيسي في هذا المجال وتوجد الى جانبه قوانين متعددة ومتناثرة تنظم بعض اساليب التعاقد الاداري ونأمل من مشرعنا اصدار قانون يجمع اساليب التعاقد الاداري بشكل مفصل وواضح مشابه للقوانين العربية في هذا المجال على ان يأخذ بنظر الاعتبار الظروف العامة في العراق والتطورات التي حصلت في الجهاز الاداري .

سابعاً : نظر للتطور العلمي الحاصل فقد استخدمت الوسائل الالكترونية وشبكة المعلومات الدولية في التعاقد الإداري وخاصة في الدول المتقدمة وبذلك وفرت الكثير من المال والجهد والوقت ، حيث تتم اجراءات المناقصات والمزايدات العامة عن طريق الانترنيت وهذا الاسلوب يتطلب خبرات ادارية واسعة وادوات حديثة للاستخدام في هذا المجال كما يتطلب درجة من النضج والوعي العام لان استخدام هذا الاسلوب سلاح ذو حدين فبالوقت الذي يوفر المال والجهد والوقت قد يكون سبب في ضياعها اذا لم يستخدم بشكل صحيح ومن قبل مختصين وان تصدر تشريعات تبين الية التعاقد بهذا الاسلوب وفي العراق لازال الموضوع يحتاج الى الوقت والخبرة والتنظيم ونأمل ان نحذو حذو الدول المتقدمة مستقبلاً في مجال التعاقد الاداري وبالاسلوب الحديث وتطوير

الاساليب القائمة .

وأصبح الآن محل المناقصات والمزايدات العامة الخدمات الإلكترونية والمعلوماتية – وذلك بعد اقتحام ثورة المعلومات والاتصالات جميع المجالات حتى في طرق انعقاد العقود الإدارية، ومن أمثلة ذلك مناقصة خدمات التسجيل الإلكتروني للمعاملات الورقية، ومناقصة تصميم المقررات الإلكترونية، مناقصة تشغيل وصيانة منظومة المعاملات الإلكترونية الحكومية[1].

---

(١) انظر الملحق رقم (١٠).

المبحث الرابع

إثبات العقد الإداري الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

تتميز العقود الإدارية الإلكترونية بسهولة إبرامها، إلا أنها قد تمثل صعوبة في إثباتها، ويتطلب تفادي هذه الصعوبة، وكيفية حلها، تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول يتضمن فيه إيضاح موقف النظم القانونية الخاصة بالإثبات من طبيعة المحررات الإلكترونية، وشروط القوة الثبوتية للعقد الإداري الإلكتروني، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: موقف النظم القانونية الخاصة بالإثبات من طبيعة المحررات الإلكترونية

المطلب الثاني: شروط القوة الثبوتية للعقد الإداري الإلكتروني

المطلب الأول

موقف النظم القانونية الخاصة بالإثبات من طبيعة المحررات الإلكترونية

يتضح مما تقدم أن الانتقال من مرحلة التعامل الورقي إلى مرحلة التعامل الإلكتروني في مجالات العقود الإدارية دون تهيئة بيئة قانونية ملائمة للمعطيات التقنية في التبادل الآلي للبيانات ذات الصلة، من شأنه أن يضيع حقوق المتعاملين، ويقلل من فرص الاستفادة من التطور التقني في وسائل الاتصال، لهذا لجأت بعض المنظمات الدولية مثل منظمة الأمم المتحدة (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي) إلى وضع معايير أو نماذج لقواعد قانونية تنظم قبول مخرجات الحواسب الآلية كأدلة في الإثبات[1]، ولكن هل اعتمدت بعض القوانين الوطنية هذه المعايير لقبول المحَرَرات الإلكترونية في الإثبات أم لا، ذلك ما سوف نتناوله بالتفصيل في النقاط التالية:

١- المناظرة الوظيفية بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية وفقا للقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) عام١٩٩٦م:

يستهدف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي أصدرته منظمة الأمم المتحدة متمثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) عام١٩٩٦م إزالة العقبات القانونية التي تحول دون استخدام المحررات الإلكترونية كوسيلة للإثبات في المعاملات والعقود الدولية، تلك العقبات التي نتجت عن الاشتراطات التقليدية لقواعد الإثبات القائمة مثل اشتراط وجود أو تقديم مستندات مكتوبة وموقعة يدوياً، وتحقيقا لهدفه انطلق القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية السابق ذكره في العديد من قواعده إلى

---

(١) انظر، د. أحمد شرف الدين، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات، شبكة المعلومات العربية القانونية "الأبحاث القانونية"، ٢٠٠٨م، منشور على الموقع: http://www.eastlaw.com، ص٨.

مبدأ أساسي قوامه المعاملة المتساوية بين رسائل البيانات الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية والمستندات الورقية، وهذا هو مبدأ النظير الوظيفي الذي يهدف إلى الاعتراف بالمستند الإلكتروني، وبمدى قيامه بوظائف المستند الورقي من حيث قراءته أو فهمه أو استنساخه واحتفاظه الدائم بمادياته الأصلية، فإذا استوفت البيانات الإلكترونية مثلاً الوظائف الأساسية لاشتراطات الشكل الورقي، فإنها تحصل على نفس القيمة القانونية للمستند الورقي[1].

وعمد واضعو القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام١٩٩٦م في التغلب على اشتراطات الكتابة التقليدية في قواعد الإثبات القائمة إلى توسيع نطاق مفهوم عناصر الدليل مثل الكتابة والتوقيع والصورة الأصلية على نحو يجعلها تشمل نظائرها في تقنيات الاتصال الإلكتروني بين الحواسب الآلية، وعلى هذا الأساس أخذ القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م بمبدأ النظير أو المعادل الوظيفي أي معاملة مخرجات أجهزة الاتصال الإلكترونية معاملة المستندات الورقية ما دامت الأولى تؤدى نفس وظيفة الثانية في الإثبات بنفس مستوى الأمن الذي توفره، خاصة وأن الأولى توفر في معظم الحالات درجة أكبر من الموثوقية والسرعة[2]

واستهدف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام١٩٩٦م بيان كيفية استيفاء رسائل البيانات الإلكترونية للوظائف الأساسية لاشتراطات الشكل الورقي، ومن ثم إمكان الاعتراف لها بذات الحجية القانونية للمستند الورقي المقابل لها والذي يؤدى الوظيفة ذاتها[3]، حيث كما اعتمد القانون

---

(١) انظر، د. أحمد شرف الدين، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات، شبكة المعلومات العربية القانونية "الأبحاث القانونية"، مرجع سابق، ص٨.

(٢) انظر، د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص٣١٦.

(٣) انظر، القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي أصدرته منظمة الأمم المتحدة متمثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) عام ١٩٩٦م،مطبوعات الأمم المتحدة، بند١٦٨، ص٢٠.

النموذجي للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦ م مبدأ النظير الوظيفي في الكتابة ... أيضا في التوقيع، حيث فيما يتعلق باشتراط التوقيع[1] ، تركز المادة (٧ ...) الوظيفتين الأساسيتين للتوقيع وهما تعيين هوية محرر الوثيقة والتأ... موافقته على مضمونها، فإذا ما استوفت رسالة البيانات الإلكترونية شروط التوقيع السابق ذكرها بأن استخدمت بطريقة تسمح بتعيين هوية موقع الرسالة للتدليل على موافقته على بياناتها، وأن تبلغ تلك الطريقة مبلغا من الدقة بحيث يمكن التعويل بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت من أجله رسالة البيانات فينتج التوقيع الإلكتروني نفس الآثار القانونية التي ينتجها التوقيع العادي في الإثبات.

٢- موقف القواعد العامة للإثبات في القانون المدني الفرنسي من حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات:

أحدث المشرع الفرنسي تعديلا جذريا في الأفكار التقليدية التي كانت تقوم عليها قواعد الإثبات في القانون المدني الفرنسي، وقد وقع هذا التعديل على النصوص المتعلقة بالأدلة الكتابية ليدخل في نطاق هذه الأدلة "المحررات الإلكترونية"، ويحدد شروط اعتبارها دليلا كاملا في الإثبات، ويزيل عقبات قبول الكتابة والتوقيعات الإلكترونية في الإثبات[2] وبهذا التعديل رقم ٢٠٠٠/

---

(١) يتجه التوجيه الأوروبي في مبدأه الأساسي إلى التنسيق بين تشريعات الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي في خصوص التوقيعات الإلكترونية وتنظيم جوانبها القانونية، أما في تفصيلاته فيتجه إلى مساواة التوقيع الإلكتروني المستوفى شروط تأمينه بالتوقيع الخطى من حيث القبول به كدليل إثبات (م٥/ ١ - أ، ب)، ولكن التوجيه حدد نطاق المساواة بالتوقيع المعزز، والذي جرى إصداره باستخدام إحدى أدوات تأمين التوقيع، وصدرت شهادة موصوفة أو مشروطة بصحته، أما التوقيع غير المعزز، فإن القاعدة التي وضعها التوجيه لا تفرض على الدول إلا الالتزام بعدم إنكاره كدليل إثبات في الإجراءات القانونية لمجرد عدم مراعاة الاشتراطات المذكورة، وقد ألزم التوجيه الدول الأعضاء بتطوير تشريعاتها في الاتجاه الذي يتسق مع قواعده،انظر، د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته)، مرجع سابق، بند ٩٣، ص٢٨٤.

(٢)

"Écrit résulte d'un suite la prévue littérale, ou prévue par signes ou de
=

٢٣٠ الـ ـي تم بالقبول في ١٣/ ٣/ ٢٠٠٠م [1] يكون المشرع الفرنسي قد استجاب كغيره من الدول الأوروبية لتوجيهات الاتحاد الأوروبي بشأن الاعتراف بالوسائط غير الورقية في إثبات المعاملات، وبعد صدور هذا القانون أصبح حكم المادة ١٣١٦ من القانون المدني الفرنسي يتسع ليشمل إلى جانب الكتابة التقليدية[2] ، الكتابة الإلكترونية فتنص هذه المادة على أن "ينشأ الإثبات الخطى أو بالكتابة من تتابع أحر . ...ان أو أرقام أو أية إشارات أو رموز لها دلالة قابلة للإدراك أيا كانت ...ا ... ...سيلة نقلها"[3] ، ويمكن رد القواعد التي طور بها المشرع الفرنسي نصوص القانون المدني المتعلقة بالإثبات إلى مبادئ عديدة، من أهم هذه المبادئ" مبدأ الاعتراف بالكتابة الموقعة إلكترونياً، والمحررات الإلكترونية كدليل إثبات وتمتعها بحجية المحررات الورقية باستيفاء شروط الأمان وشروط تأدية وظائف الكتابة والتوقيع"، وإذا كان القانون الفرنسي قد قرر المساواة بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية من حيث قبولها كدليل إثبات أو الحجية كمبدأ عام، إلا أن هذا القانون تضمن نصوصا

=

lettres de caractères ou de tous autre symboles dotes d'une signification intelligible, quelque soient leur support et leur modalité de transmission".

انظر في هذا المعنى:

Catala (P.), Gauthier (P.Y.), L'audace technologique à la cour de cass. Vers la libération de la prévue contractuelle, La semaine juridique, Dalloz édition, paris, NO 32, 4 juin 1998, p. 884.

(١) انظر:

Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, en ligne :http:// www. legifrance.gouv.fr

(٢) انظر في هذا المعنى، د. محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بُعد" قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥م ، ص١٠١.

(٣) انظر، د. أحمد شرف الدين، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات، شبكة المعلومات العربية القانونية "الأبحاث القانونية"، مرجع سابق، ص١١.

تحدد نطاق الاعتراف بالمحررات الإلكترونية، وتضع شروطا لها، حيث اشترط أن تكون الرموز أو الأرقام أو العلامات مقروءة ومفهومة للآخرين (م ١٣١٦/ ١ مدني)، وبالتالي يجب تقديم الدليل الكتابي الإلكتروني مقروءا للقاضي عن طريق معالجته بالوسائل التقنية المناسبة[1]، ورغم عدم اشتراط، إمكان استرجاع الكتابة المحملة على دعامة غير ورقية إلا أن هذا الشرط مفهوم ضمناً من نص المادة(م١٣١٦/ ١ مدني)، إضافة إلى اشتراط المشرع أن تكون طبيعة حامل الكتابة الإلكترونية مما يسمح باستمرارها عليه، وبالتالي إمكان الدخول عليه لغرض استرجاع الكتابة المحملة عليه (م١٣١٧ مدني)، ولا تكفى الكتابة وحدها لتمتعها بالحجية الكاملة إذا أشترط المشرع ارتباطها بتوقيع إلكتروني استوفى الشروط التي تجعله مؤديا لوظائف التوقيع بصفة عامة [2].

٣- حجية المحررات الإلكترونية في القانون المصري:

يتناول المشرع المصري قانونا بالتنظيم بعض جوانب التوقيع

---

(١) انظر:

Article 1316-1:L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

(٢) انظر:

Article 1317 "L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises. Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

انظر أيضا في هذا المعنى، د. محمد المرسي زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، بحث مقدم إلى مؤتمر الكمبيوتر والقانون والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مايو ٢٠٠٠م، ص٧٣.

الإلكتروني . وقد عرف هذا القانون المحرر الإلكتروني بأنه" رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى متشابهة".

أما التوقيع الإلكتروني فقد عرفه القانون بأنه" ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، يكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره"(١)

وأعطى القانون الجديد للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للتوقيعات اليدوية التقليدية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها لائحته التنفيذية (٢).

كما أعطى القانون للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط والفنية والتقنية تحددها لائحته التنفيذية(٣).

ونص القانون على بعض الشروط التي يجب توافرها حتى يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات(٤)، والشروط هي:

١- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره

---

(١) انظر المادة (١) من القانون المصري للتوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م، المادة ١/٢ من اللائحة التنفيذية للقانون.

(٢) انظر المادة ١٤ من القانون ١٥/ ٢٠٠٤.

(٣) انظر المادة ١٥ من القانون ١٥/ ٢٠٠٤.

(٤) انظر المادة ١٨ من القانون ١٥/ ٢٠٠٤.

٢- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني

٣- إمكانية كشف أو تعديل أو تبديل بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

ويتحقق الشرط الأول (وهو ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده) متى استند هذا التوقيع إلى منظومة بيانات إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنة، وتكون المنظومة مؤمنة إذا توافرت الشروط التالية[1]:

١- الطابع المتفرد لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني

٢- سرية بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني

٣- عدم قابلية الاستنتاج أو الاستنباط لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني

٤- حماية التوقيع الإلكتروني من التزوير أو التقليد أو التحريف أو الاصطناع أو غير ذلك من صور التلاعب أو من إمكان إنشائه من غير الموقع.

٥- عدم إحداث أي إتلاف بمحتوى أو مضمون المحرر الإلكتروني المراد توقيعه

٦- ألا تحول هذه المنظومة دون علم الموقع علما تاما بمضمون المحرر الإلكتروني قبل توقيعه له[2].

---

(١) انظر المادة (٣) من اللائحة التنفيذية.

(٢) اعتمدت بعض التشريعات- مثل قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي- نظام التوقيع الإلكتروني المعزز أو المحمي، ويقصد به التوقيع الإلكتروني الذي يستوفي المتطلبات الآتية:

١- ارتباطه بصفة متفردة بالموقعين

٢-قدرته على تمييز الموقعين وتحديد هويتهم

٣- ينشأ بوسائل أو تقنيات تقع تحت سيطرة الموقعين

٤- اتساقه مع البيانات التي يتعلق بها بحيث يمكن كشف أي تغيير لاحق يطرأ على هذه البيانات

انظر، د. محمد إسماعيل أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، بدون دار نشر، ٢٠٠٥م، ص١٨٢.

تلزم تدخل الجهات المرخص في المتطلبات فنية اللازمة لإصدار شهادات التصديق الإلكتروني[1]، ولهذا فإن ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره يتحقق متى استند هذا التوقيع إلى منظومة تكوين بيانات إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنة على النحو الوارد في المواد (٢، ٣، ٤) من اللائحة التنفيذية، وحتى يمكن اعتبار التوقيع الإلكتروني مؤمناً وفق هذه اللائحة لابد من توافر شرطين:

١- أن يكون التوقيع مرتبطا بشهادة تصديق إلكتروني معتمدة ونافذة المفعول صادرة من جهة تصديق إلكتروني مرخص لها أو معتمدة.

٢- أن يتم التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني طبقا للمادة (٧) من اللائحة[2] .

وتتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية لمُنشئها، بشرط توافر الضوابط الفنية والتقنية التالية[3] :

١- أن يكون متاحاً فنياً تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية، وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحررات، أو لسيطرة المعنى بها.

٢- أن يكون متاحاً فنياً تحديد مصدر إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية أو العرفية ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر وعلى الوسائط المستخدمة في إنشائها.

---

(١) انظر المادة (١) ومن القانون المصري للتوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م، ولذلك نظمت اللائحة التنفيذية متطلبات إصدار شهادة تصديق إلكتروني معتمدة متى كانت صادرة من جهة مرخص لها بإصدار الشهادة (م٥) كما نظمت إصدار شهادة فحص بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني (م ٦).

(٢) انظر المادة "٩" من اللائحة التنفيذية.

(٣) انظر المادة "٩" من اللائحة التنفيذية.

٣- في حالة إنشاء وصدور الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية بدون تدخل بشرى جزئي أو كلي، فإن حجيتها تكون محققة متى أمكن التحقق من وقت تاريخ إنشائها، ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحررات.

ورغم حرص المشرع على إحاطة إصدار قانون التوقيع الإلكتروني بنظام آمن إلا أن القانون لم ينص على افتراض أو قرينة لصحة التوقيع الإلكتروني الذي يتم إنشاؤه وفقا للنظام الآمن المذكور، وبالتالي فإنه يتعين تطبيق الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وذلك وفقا للمادة "١٧" من القانون، والتي تنص على أن تسرى فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ويعنى اللجوء إلى القواعد العامة في الإثبات، أن حجية المحرر تتوقف على اعتراف الموقع أو عدم إنكاره إياه عند مواجهته به، مما يؤدى إلى فقدان المحرر الإلكتروني كل حجية بمجرد إنكار التوقيع، وعلى من يتمسك به أن يقيم الدليل على صحته، ويعد هذا انتقاصا من فاعلية المحرر، وقد كان من المأمول أن يقر المشرع المصري كما فعل غيره[1]

٤- موقف القانون الإنجليزي من حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات:

توجد قاعدة في القانون الإنجليزي تحكم مسألة قبول الأدلة في الإثبات وهي " قاعدة الدليل الأفضل" والتي يتلخص أثرها في أن الحقيقة يتم إثباتها بأفضل ما هو موجود أو أكثر الأدلة إقناعا وقبولا، وبالتالي لا يتم قبول إلا المستندات الأصلية، وذلك لضمان أن البيانات المقدمة إلى المحكمة هي نفسها البيانات الأصلية، وذلك ما لا يتحقق آنذاك في المحررات الإلكترونية، حيث إن المستندات الأصلية حينها كانت نتاج العمل اليدوي الصادر من موظف مختص في مرفق حكومي، أو هيئة حكومية ، وليست نتاج جهاز الحاسب الآلي، وبالتالي

(١) انظر في هذا المعنى، د. محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات "مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص٢٥٧.

فإنه وفقً لهذه القاعدة لم يتم قبول مخرجات الحاسب الآلي[1].

ألغيت هذه القاعدة الأخيرة مع الزمن وقبلت المحاكم الصور الضوئية كدليل وصورة الفيلم أو التسجيل الصوتي كدليل بشرط أن يتم تقديم ما يفيد إمكانية الوثوق بهذه الصورة، ولكن وضعت لهذه القاعدة عدة استثناءات يتم بموجبها قبول أدلة ثانوية غير الصور ولكن بشرط أن تثبت محتوى الوثيقة الأصلية، وبالتالي فإن أي وسيلة تثبت محتوى الوثيقة الأصلية تعتبر دليل مقبول أمام المحكمة[2].

وتطور القانون الإنجليزي ونص في قانون الإثبات المدني ١٩٦٨ بصورة مباشرة علي قبول مستخرجات الحاسب الإلكتروني، ولكن بتوافر بعض الشروط وهي:

١- أن تكون ناجمة عن المعلومات التي زود بها الحاسب الآلي والموضوعة وفقا لأنشطة الجهة التي تستخدمه.

٢- وأن يكون الجهاز قد عمل في هذه الأثناء بصورة منتظمة لتخزين واستخراج المعلومات لأغراض المنتظم للعمل لهذه الجهة.

---

(١) انظر في هذا المعنى:

Dusaugey (V.), Les échanges de données informatisés en 2001, en ligne: eur-lex.europa.eu/notice.do?mode=db1&long=fr&ihmlang=fr&ing1=fr.es&......12.7.2002.

(٢) ولكن قبول هذه الصور لا يعني الإلزام بصحة البيانات الواردة فيها، إذ يميز القضاء الإنجليزي بدقة بين مسألة قبول الدليل وهي مسألة ينظمها القانون ومسألة قوة الدليل وهي الاقتناع بصحته في ثبوت الواقعة، وهذه المسألة متروكة تماما للاقتناع الحر للقاضي أو المحلفين، انظر

Clark v Ryan [1960] HCA 42; [(1960) 103 CLR 486 at 492 ,H .Harold Glass, Seminars on Evidence ,Law Book Co Limited, 1970, p 141

مشار إليه في، د. عايض راشد عايض المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨م ص١٢٣.

٣- كما يجب أن يكون الجهاز مستخدما على نحو صحيح خلال الفترة، وأي خلل أو توقف عن العمل فلا يكون من شأنه التأثير في صحة البيانات الواردة في المستند المقدم للإثبات.

وأصدر القانون الإنجليزي سنة ١٩٨٤م شروط أكثر تسامحا قبل مخرجات الحاسب الآلي أهمها ألا يوجد سبب معقول للشك في صحة البيانات الواردة بسبب عدم الاستخدام الصحيح للحاسب الآلي وأن يكون مستخدما في الفترة التي أخرج فيه المستند على نحو صحيح، وإن وقع فيه خلل أو توقف لا يكون من شأنه التأثير على صحة البيانات الواردة في المستند[١].

واعترف –أخيراً– قانون الاتصالات والتجارة الإلكترونية الإنجليزي الصادر في ٢٥ مايو لسنة ٢٠٠٠ م بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، واعتبر كل منهما دليلا مقبولا أمام المحاكم، إلا أنه لم يبين كيفية منح الحجية لمستندات الإلكترونية والشروط اللازمة له[٢].

٥- موقف القانون الأمريكي من حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات:

وضع القانون الأمريكي مبدأ حرية الشكل التي تصاغ به السجلات التجارية "in any form"، فقررت أن أي شكل بالنسبة لحفظ السجلات يشمل أي وسيلة من وسائل التخزين خلافا للكلمات أو الأشكال التقليدية التي توجد في مكتوب تقليدي، وبالتالي فإن الوثيقة المنقولة عبر الإنترنت تعتبر

---

(١) وواضح أن القانون الإنجليزي وضع شروطا تتعلق بانتظام عمل الجهاز وصحة تشغيله، ولم يعتمد على مبدأ النظير الوظيفي القائم في التشريعات اللاتينية، انظر

Clark v Ryan [1960] HCA 42; [(1960) 103 CLR 486 at 492, H .Harold Glass, Seminars on Evidence (Law Book Co. Limited, 1970), p 141.

مشار إليه في، د. عايض راشد عايض المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، مرجع سابق، ص١٢٢.

(٢) انظر قانون الاتصالات الإنجليزي:

Electronic Communication Act 2000, http:// www. Opsi. gov. uk/ acts/ acts 2000/ 2000 0007. htm#1,22.12.2006.

مقبولة كوسيلة إثبات شريطة شهادة الشخص أو الأشخاص الذين يكون لهم صلة بنظام التسجيل وحفظ المعلومات [1].

وأوضح المشرع الأمريكي في القانون التجاري الموحد أن الكتابة تتضمن الطباعة، والكتابة بالآلة الكاتبة وأي شكل مقصود به اختزال هذه الكتابة إلى شكل ملموس، كما أوضح أن التوقيع يتضمن أي رمز نفذه أو اتخذه الطرف بنية توثيق هذا المحرر المكتوب، حيث يقصد بالتوثيق هنا أن الشخص الذي وقع يؤكد بأن الكتابة صادرة عنه وبخط يده، مما يوحى بمرونة هذا التعريف الذي من خلاله ممكن أن نستنتج استيفاء مخرجات الحاسب الإلكتروني لعناصر الدليل الكتابي المتطلب في العقود[2].

وأقر القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة ٢٠٠٠م مبدأ هام وهو التكافؤ بين الرسائل والعقود الإلكترونية والسجلات الإلكترونية الحافظة بها وبين نظائرها الورقية، حيث نصت على أنه لا يجوز للجنة الاتصالات الفيدرالية اعتبار أي عقد من عقود خدمات الاتصالات باطلا أو لا أثر له أو غير قابل للتنفيذ لمجرد استخدام التوقيعات أو السجلات الإلكترونية ولكن بشروط:

١- أن يتم حفظ المعلومات في السجل الإلكتروني وفقا لشروط معينة تتمثل في أن يعكس بصدق وأمانة المعلومات والبيانات التي يتضمنها العقد

٢- وأن يسمح لأي شخص مرخص له بالدخول قانونا على السجل استخراج المعلومات المحفوظة فيه [3].

---

(١) انظر في هذا المعنى:

Dusaugey (V.), Les échanges de données informatisés en 2001, Op.Cit.

(٢) انظر في هذا المعنى:

Dusaugey (V.), Les échanges de données informatisés en 2001, Op.Cit.

(٣) انظر:

U.S. federal law on electronic signature for the year 2000, online www. ftc. gov,13.3.2008.

ويعني ذلك، أن السجلات والمحررات الإلكترونية تعتبر ... للشروط المطلوبة إذا كانت تعبر بدقة عن المعلومات المدونة بها، ... الأشخاص المخول لهم الوصول لهذه البيانات الإطلاع والحصول على ... مطابقة منها أمرا ممكنا[1].

وأورد القانون الخاص بالتوقيعات الإلكترونية في التجارة الوطنية والدولية في الولايات المتحدة الأمريكية قاعدة عامة تتعلق بصحة وقانونية التوقيعات والمحررات الإلكترونية، فقد نصت الفقرة (أ) على أنه:

رغما عن أي تنظيم أو قانون في أي ولاية أو أي قاعدة قانونية في أي قانون في أي معاملات مالية سواء في داخل الولايات أو في التجارة الأجنبية، يجب مراعاة أن:

(١) التوقيعات والعقود والسجلات الأخرى في المعاملات المالية لا ينكر أثرها القانوني أو حجيتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها جاءت في شكل إلكتروني.

(٢) أي عقد خاص بالمعاملات المالية لا ينكر أثره القانوني أو حجيته أو قابليته للتنفيذ بسبب استخدام التوقيع الإلكتروني أو السجل الإلكتروني في كتابته وصياغته[2].

وأخذ - بناءً علي ذلك-، القانون الأمريكي إلى حد ما بمبدأ النظير الوظيفي التي اعتمده القانون الفرنسي في الاعتراف بحجية المحررات

---

(١) انظر، د.خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص١٨٤.

(٢) انظر:

Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, http://en.wikipedia.org., 12.3.2009.

وانظر أيضا، د.عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ١٩٩٧م، ص١٩٩.

الإلكترونية في الإثبات، وذلك على عكس الأمر تماما من القانون الإنجليزي الذي اعتمد في مدى الاعتراف بحجية المحررات الإلكترونية على مدى صحة نظام تشغيل جهاز الحاسوب الآلي وانتظام العمل فيه.

المطلب الثاني

شروط القوة الثبوتية للعقد الإداري الإلكتروني

يثير استخدام تقنيات المعلومات والاتصال في إنجاز العقود الإدارية العديد من المسائل على صعيد القانون[1]، منها تحديد مدى حجية رسائل البيانات المنقولة إلكترونياً والمخزنة على دعامات غير ورقية ومخرجاتها في الإثبات، ومدى الحجية القانونية في الإثبات للمحررات الإلكترونية في تنازعها مع المحررات الورقية، ومدى استجابة قواعد الإثبات القائمة في التنظيمات القانونية الوطنية لمقتضيات التعامل الإلكتروني، أي أن هل قواعد الإثبات بالأدلة الكتابية يمكن أن يتسع ليشمل الكتابة المحملة على دعامات غير ورقية، أم أن استجابة هذه القواعد لمتطلبات التعامل الإلكتروني يقتضي تطويرها تطويرا جذريا، وذلك كله في ضوء تجارب التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية التي شهدتها بعض الدول والمنظمات والهيئات الدولية[2].

أولا: مدى حجية الرسائل والمحررات الإلكترونية في الإثبات

يثور التساؤل عن مدى حجية رسائل البيانات المنقولة عبر شبكات الاتصالات الدولية الإلكترونية في الإثبات حيث إن كتابتها وتوقيعها وإرسالها وحفظها إنما يتم في بيئة إلكترونية دون تدخل أدوات الكتابة الورقية التقليدية إلا في حالة الرغبة في تحويل الكتابة الإلكترونية إلى ورقية، وبهذا فإنها لا تحمل توقيعا تقليديا سواء بإمضاء خطي أو ببصمة إصبع أو ببصمة ختم، وإنما التوقيع عليها يكون إلكترونياً، وهو ما يجعل القاضي الوطني يتردد في قبولها في إثبات المعاملة مصدر الحق المدعى به أمامه[3]، وذلك ما يثير بحث ثلاث مسائل هامة،

---

(١) وهو ما يدعى بمخرجات الكمبيوتر أو رسائل الفاكس والتلكس، انظر، د. أحمد شرف الدين، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات، شبكة المعلومات العربية القانونية "الأبحاث القانونية"،مرجع سابق، ص٢

(٢) انظر، د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته)، مرجع سابق، ص٣٢١.

(٣) انظر، د.أحمد شرف الدين، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات، شبكة المعلومات العربية القانونية "الأبحاث القانونية"، مرجع سابق، ص٤.

وهي مدى قبول الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، وشروط الاحتجاج بها، وموقف كل من المشرع المصري والفرنسي منها.

١ - مدى قبول الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات:

يثير حكم مخرجات الحاسب الآلي في مجال الإثبات مسألة مدى استيفاء المحرر الإلكتروني لمتطلبات الدليل الكتابي الذي يتم قبوله في الإثبات، فهل يمكن قبول الرسائل أو المحررات الإلكترونية كدليل كتابي يتمتع بحجية قانونية في الإثبات؟(١)

ويعطى نظام الإثبات في القانون المدني أفضلية للكتابة على باقي طرق الإثبات الأخرى، وبالتالي فإن ما يشترطه القانون لقيام سند كتابي حتى يتم قبوله في الإثبات يتمثل في أن يكون السند مكتوبا، ومن هنا سنحاول الإحاطة بمفهوم الكتابة وارتباطها بالمحرر، وما يشكله من عائق للإقرار بحجية المحرر الإلكتروني.

ويُرَى أنه ليس هناك في القانون أو في اللغة ما يلزم بالاعتقاد في أن الكتابة لا تكون إلا على الورق، وتأكد هذا المعنى في مرجع " LAMY " في قانون المعلوماتية حيث أشار إلى أن المشرع لم يشر إلى دعامة من نوعية معينة، كما أن كثير من الاتفاقيات الدولية لم تحصر مفهوم الكتابة على الكتابة الورقية بل تبنت مفهوم الكتابة بوسائل الاتصال الإلكترونية، ومنها على سبيل المثال، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن النقل الدولي للبضائع لسنة ١٩٨١ التي تنص المادة "١٣" منها على أنه (فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة أيضاً على المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس)(٢) ، لذلك يتضح أن الكتابة لا ينظر إليها من حيث ارتباطها بالدعامة أو الوسيط المستخدم في

---

(١) انظر، د.أحمد شرف الدين، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات، شبكة المعلومات العربية القانونية "الأبحاث القانونية"، مرجع سابق، ص٤.

(٢) انظر في هذا المعنى، د.عمر أنجوم، الحجية القانونية لوسائل الاتصال (دراسة تحليلية في نظام الإثبات المدني)، بدون دار نشر، ٢٠٠٤م، ص١٤٠.

التدوين على دعامة مادية محددة، بل بوظيفتها في إعداد الدليل على وجود التصرف القانوني وتحديد مضمونها بما يمكن الأطراف من الرجوع إليه في حالة نشوب خلاف، وقد اشترط على قيام الكتابة بهذا الدور، فلابد أن يكون الوسيط مقروءاً، وأن تتصف الكتابة المدونة عليه بالاستمرارية والثبات، وألا تكون هذه الكتابة قابلة للتعديل إلا بإتلاف المحرر أو ترك أثر مادي عليه.

٢- **شروط الاحتجاج بالمحرر المكتوب إلكترونياً:**

أ- يجب أن يكون المحرر مقروءً، وبالتالي يجب أن يكون مدونًا بحروف أو رموز معروفة ومفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر، فإذا ما رجعنا إلى المحررات الإلكترونية نجد أنه يتم تدوينها على الوسائط بلغة آلة لا يمكن أن يراها الإنسان بشكل مباشر، ولكن يتم دعم الحاسب الآلي ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان، وهو ما يعنى استيفاؤها للشرط المتعلق بإمكان القراءة والفهم، طالما أن اللغة التي تظهر على الشاشة هي لغة مفهومة ومقروءة لأطراف العقد(١).

وأكدت منظمة المواصفات العالمية" ISO "(٢) بخصوص المواصفات الخاصة بالمحررات أن المحرر هو" مجموعة المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية...... بالشكل الذي يسهل قراءتها"، وأضاف المشرع الفرنسي في

---

(١) انظر، د. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص١٩، ٢٠.

(٢) هي " International Organization for Standardization" وهي اتحاد عالمي مقره في جنيف ويضم في عضويته أكثر من ٩٠ هيئة تقييس وطنية، جاء اختصارها (ISO) اعتماداً على الكلمة اليونانية "ISOS" والتي تعني" Equal "متساوي، آيزو ٩٠٠٠، هي سلسلة من المواصفات والمقاييس المعتمدة عالمياً وتستخدم في تؤكيد جودة العمليات والنشاطات في المؤسسات، ويرمز الرقم ٩٠٠٠ لسلطة المواصفات التي تختص بإدارة الجودة في المؤسسات المختلفة، والتي قد تكون مصنع، أو بنك، أو مستشفى، أو مدرسة، أو عيادة طبيب أو أي شيء آخر، هذه المواصفات تقدم الشهادة على ممارستك لنظام إدارة الجودة والذي يطلق على العمليات والأنشطة المختلفة في المؤسسة، وليس على المنتج أو الخدمة نفسها، انظر: http://konan39.3arabiyate.net/t2225-topic

شأن ال... عن طريق الوسائل الإلكترونية نص المادة ١٣١٦ من القانون المدني والذي عرف المحرر المستخدم في الإثبات بأنه " كل تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام أو أي إشارات أخرى تدل على المقصود منها ويستطيع الغير أن يفهمها........." (١)

ب-يشترط أيضاً للاعتداد بالكتابة في الإثبات أن يتم التدوين على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها، بحيث يمكن الرجوع إلى المحرر كلما كان ذلك لازما لمراجعة بنود العقد أو لعرضه على القضاء عند حدوث خلاف بين أطرافه(٢)

وتسمح الوسائط الورقية بحكم تكوينها المادي بتحقيق هذا الشرط، فإن استخدام الوسائط الإلكترونية يثير التساؤل عن مدى تحقق هذا الشرط فيها، حتى يمكن اعتبارها من قبيل المحررات الكتابية؟

ولا تمثل الخصائص المادية للوسيط ...لكتروني عقبة في سبيل تحقق هذا الشرط، ذلك أن التكوين المادي والميكانيكي للشرائح الممغنطة وأقراص التسجيل المستخدمة في التعاقد عن طريق شبكة الاتصالات الإلكترونية تتميز بقدرة كبيرة على الاحتفاظ بالمعلومات المثبتة عليها بكفاءة أعلى من الأوراق العادية التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن وقد تتآكل بفعل الرطوبة نتيجة لسوء التخزين(٣)

ويعنى ذلك أن عقبة الاحتفاظ بالمحرر مكتوباً لفترة طويلة من الزمن

---

(١) انظر في هذا المعنى، د. محمد أخياط، بعض التحديات القانونية التي تثيرها التجارة الإلكترونية، مجلة الإشعاع، الصادرة عن مؤسسة الجزيرة للصحافة والطباعة والنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، العدد الأول،السنة ٢٥، يناير ٢٠٠٢م، ص١٤، ١٥.

(٢)انظر، د. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت،مرجع سابق، ص٢٣، ٢٤.

(٣)انظر، د. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص٢٣، ٢٤.

تسمح بالرجوع إليه كلما كان ذلك لازما، أمكن للتكنولوجيا الحديثة أن تتغلب عليها، مما يعني أن المحرر الإلكتروني يستوفي بذاته شرط استمرارية الكتابة على الوسيط[1].

ج- يجب كذلك أن لا تكون هذه الكتابة قابلة للتعديل إلا بإتلاف المحرر أو ترك أثر مادي عليه، فبخصوص المحررات المدونة على الورق فإنه لا يمكن تعديلها إلا بإتلافها أو إحداث تغييرات مادية يسهل التعرف عليها سواء بواسطة القراءة العادية أو من خلال الرجوع إلى الخبرة الفنية، على أنه وبخلاف الأوراق التي تتحقق فيها هذه المواصفات، فإن الكتابة على الوسائط الإلكترونية من أقراص وشرائط ممغنطة تفتقد بحسب الأصل لهذه القدرة، بل إن افتقادها هو سبب تفوقها على الأوراق من ناحية الاستخدام العملي لها، فالأصل في التدوين على الوسائط الإلكترونية هو قدرة كل طرف من الأطراف على تعديل مضمون المحرر وإعادة تنسيقه بالإضافة أو الإلغاء أو المحو بدون أن يظهر لهذا التعديل أي أثر مادي يمكن ملاحظته أو اكتشافه[2].

ويترتب على هذا الاختلاف المادي بين الأوراق والوسائط الإلكترونية أن المحرر الإلكتروني يفتقر بحسب الأصل إلى شرط من أهم الشروط التي تتصل بوظيفة المحرر الكتابي في الإثبات، والتي تهدف إلى تحقيق الثقة في البيانات المدونة في المحرر[3].

وأدى التطور التكنولوجي إلى حل هذه المشكلة أيضاً عن طريق استخدام برامج حاسب آلي، بتحويل النص الذي يمكن التعديل فيه إلى صورة

---

(١) انظر في هذا المعنى، د.عمر أنجوم، الحجية القانونية لوسائل الاتصال (دراسة تحليلية في نظام الإثبات المدني)، مرجع سابق، ص١٤١.

(٢) انظر في هذا المعنى، د. محمد أخياط، بعض التحديات القانونية التي تثيرها التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص١٦.

(٣) انظر في هذا المعنى، د.عمر أنجوم، الحجية القانونية لوسائل الاتصال (دراسة تحليلية في نظام الإثبات المدني)، مرجع سابق، ص١٤١.

ثابتة لا يمكن التدخل فيها أو تعديلها، و . . هـذا النظـام باسـم" Document image processing "[1]

ويمكن حفظ المحررات الإلكترونية في صيغتها النهائية، وبشكل لا يقبل التبديل من خلال حفظها في صناديق إلكترونية، لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص يهيمن عليه جهات معتمدة من قبل الدولة، بحيث تؤدى محاولة أطراف التعامل تعديل الوثيقة الإلكترونية أو إتلاف . محوها تماما غير ممكن[2]

ويؤكد الفقه في هذا المجال، أن المحرر الإلكـ روني الذي يتم تأمين بياناته يلتزم القاضي بقبوله كدليل كامل متى كانت موقعة من أطرافها، وإلا أدى ذلك إلى إضعاف الثقة في المحررات الإلكترونية، وذلك ما يستوجب تدخل المشرع بالنص صراحة على اعتماد التكنولوجيا المعتمدة في تأمين بيانات المحررات الإلكترونية بما يجعلها تستوفى شرط "عدم القابلية للتعديل" وبدون حاجة إلى تدخل القاضي في تقدير مدى توفر هذا الشرط [3]

٣- موقف القانون الفرنسي والمصري من شروط المحرر المكتوب إلكترونياً:

استجاب المشرع الفرنسي لمتطلبات التعامل بوسائل الاتصال الحديثة، وتدخل بموجب القانون (٨٠/ ٥٢٥) المدني خاصة المتعلق بوسائل الإثبات القانونية، فتبنى مفهوما جديدا للكتابة بأن اعتبر المحررات الإلكترونية دليلا كتابيا[4]

واعتبر ذلك بمثابة ارتقاء تشريعي بقواعد الأدلة الإلكترونية إلى

---

(١) انظر، د. حسن عبد الباسط جيعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص٢٣، ٢٤.

(٢) انظر في هذا المعنى، د. محمد أخياط، بعض التحديات القانونية التي تثيرها التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص١٧.

(٣) انظر، د. حسن عبد الباسط جيعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص٢٣، ٢٤.

(٤) انظر:

loi n° 80-525 du 12 juillet 1980,enligne www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.

مستوى القواعد العامة، مع وجود استثناءات، وإذا كان القانون الفرنسي قد أقام التكافؤ بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية، فإنه في المقابل تدخل ليضع حدودا وشروطاً لهذا الاعتراف، فبمقتضى المادة ١٣١٦/ ١ أشترط أن تكون الرموز أو الأرقام أو العلامات على وضع يسمح بقراءتها، بمعنى أن تكون مكونات الكتابة ذات دلالة تعبيرية مفهومة، كما أشترط كذلك لزوم ارتباط المحرر بتوقيع إلكتروني مستوفٍ الشروط التي تجعله مؤديا لوظائف التوقيع بصفة عامة، وعلى نحو يُمكّن من الكشف على أي تلاعب في الكتابة[١]

ويذهب البعض إلى أن الشكلية التي يتطلبها القانون الفرنسي لانعقاد العقد أو التصرف سواء بالكتابة أو التوقيع لا يمكن أن يستغنى عنها بالكتابة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني، وأن التعديل الفرنسي لنص المادة ١٣١٦/ ١ من القانون المدني تتحدث عن الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كوسيلة للإثبات فحسب، ولم يكن القصد منه التضحية بالشكلية في الأحوال التي يوجبها القانون لانعقاد التصرف أو العقد[٢]

ويذهب البعض الآخر إلى أن الكتابة في صورتها الحديثة، أي الكتابة الإلكترونية، لم تعد قاصرة على الكتابة كوسيلة أو أداة للإثبات " écrit probationem "، بل يتسع نطاقها بحيث تشمل الكتابة كركن في التصرف أو شرط لصحته "écrit advaliditatem "، وذلك بالنظر إلى عمومية المادة" ١٣١٦" مدني فرنسي[٣] فالنص واضح فيما تضمنه من تعريف للكتابة،

---

(١) انظر، د.أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته)، مرجع سابق، ص٣١٦.

(٢) انظر في هذا المعنى، د. رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة والعشرون، العدد الرابع، ديسمبر ٢٠٠٢م، ص٢٦٨.

(٣) تنص المادة (١٣١٦) من القانون المدني الفرنسي على أنه: "ينشأ الإثبات الخطى أو بالكتابة من تتابع أحرف أو أشكال أو أرقام أو إشارات لها دلالة قابلة للإدراك، وذلك أيا كانت دعامتها أو الوسائل المستخدمة في نقلها".

=

ولـذلك يجب إعطـاؤه معنـى كـاملا دون تخصيص[١]، خاصـة وأن التوجيـه الأوروبي رقـم ٢٠٠٠/ ٣١ بشأن التجـارة الإلكترونيـة(١) حظـر عـلى الـدول الأعـضاء وضـع أي عراقيـل أو عقبـات أمـام الاعـتراف بـالعقود الإلكترونيـة وحثهم على العمل على تطوير تشريعاتها لإقرار المعاملات الإلكترونية، ولا شك أن عدم منح الكتابة الإلكترونية قوة ترتيب كافة الآثـار القانونيـة، يكـون مخالفـا لمقتضيات الجماعة الأوروبية[٢].

واجه المشرع المصري هذه المسألة في القانون المصري للتوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م ، بأن قرر مبدأ عاماً مفـاده أن الكتابـة المطلوبـة باعتبارهـا ركنا في العقد تتحقق مع الكتابة الإلكترونية، وذلك بنصه في المادة (١٥) من هذا القـانون عـلى أن " للكتابـة الإلكترونيـة وللمحـررات الإلكترونيـة، في نطـاق المعاملات المدنية والتجارية والإداريـة ذات الحجيـة المقـررة للكتابـة والمحـررات الرسـمية والعرفيـة في أحكـام قـانون الإثبـات في المـواد المدنيـة التجاريـة، متـى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقـا للـضوابط الفنيـة التقنيـة التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصري فـرض مبـدأ عامـا في الـشكلية الإلكترونية، وهو إمكانية استيفاء الشكلية التي يقررها القـانون لإبـرام العقـد أو لترتيب آثاره عـن طريـق المحـررات والمستندات الإلكترونيـة، متـى روعـي فيهـا

=

"La prévue littérale, ou prévue par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soient leur support et leur modalités de transmission"

(١) انظر في هذا المعنى، د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بُعد" قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي"، مرجع سابق، ص١٠٥.

(٢) انظر:

Directive 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil relative à certains aspects juridique des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur;Op .Cit.

الشروط التي حددها المشرع في اللائحة التنفيذية للقانون، وقد أقر هذا المبدأ أيضاً كل من القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية (المادة ٧)، وقانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية (المادة ٩).

واستجاب القانون المصري، في مواضع متناثرة خصوصا في مجال التجارة إلى متطلبات التجارة الإلكترونية، فقد أجاز قانون التجارة البحرية " التوقيع على سند الشحن بأية وسيلة تقوم مقام الكتابة، كما أجاز قانون التجارة في أحوال الاستعجال أن يكون إعذار المدين أو إخطاره في المواد التجارية بأي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة[1]، وأسبغ على الصور المصغرة " الميكروفيلم" حجية الأصل في الإثبات متى أستخدم في استخراجها أمان يضمن سلامتها[2]، ومما يذكر أيضاً أن ارتباط مصر ببعض الاتفاقيات الدولية يلزم القضاة باعتماد مخرجات وسائل الاتصال الحديثة في مجال الإثبات، وذلك في المعاملات التي تنطبق عليها هذه الاتفاقيات[3]

وتتفق الباحثة في هذا الموضع مع الرأي القائل أنه حتى مع اعتراف القضاء ببعض الآثار القانونية المترتبة على التعامل بالوسائل الإلكترونية، فالتطور المذكور لابد له من سند تشريعي يحدد نطاقه وشروط اعتماد الكتابة الموقعة إلكترونياً، بحيث لا يكون للمحاكم أية سلطة تقديرية، والتي تختلف من قاضٍ إلى آخر في قبول المحررات الإلكترونية في الإثبات، أو في مدى الحجية التي ترتبط بها، وهذا لن يتأتى إلا بتطوير مفاهيم عناصر الدليل الكتابي وهي الكتابة والتوقيع ليشملا أية وسيلة لإحداثهما متى كانت تؤدي وظائفها، وبالتالي تطوير مفهوم المستند أو المحرر الكتابي ليشمل أيا حوامل الكتابة التي تتيح استرجاعها

---

(١) انظر، المادة (٥٨).

(٢) انظر، المادة (٢٦/ ٣).

(٣) مثل اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع "المادة ١٣" التي تجعل مصطلح الكتابة ينصرف إلى البرقية والتلكس، وأيضاً اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها التي تجيز (م٢/ ٢) أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا في خطابات متبادلة أو برقيات.

وقراءتها، ومن ثم إسباغ حجية أصل المستند على تلك حوامل ومخرجاتها[1].

(١) تضمنت بعض أحكام محكمة النقض المصرية الإشارة إلى ارتباط مصداقية التوقيع بأدائه لوظائفه في الإثبات، نقض مدني بجلسة ١٨/ ٤/ ١٩٨٤، السنة القضائية ٣٥، ص١٩٩٧؛ انظر في هذا المعنى، د/ يحيى إسماعيل، المرشد في قانون الإثبات، نادي القضاة، القاهرة، ١٩٩٤م، ص١٤١.

الفصل الأول

الأسس العامة لالتزامات أطراف العقد الإداري الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

تحتل نظرية العقد الإداري مكانا بارزا بين موضوعات القانون الإداري، ورغم تشعب الدراسات المتصلة بنظرية العقد الإداري، إلا أن السمة الغالبة في تلك الدراسات تتمثل في إبراز دور جهة الإدارة المتعاقدة – بوصفها سلطة عامة– في مجال الرابطة العقدية، فجهة الإدارة المتعاقدة تتمتع بلاشك في مواجهة المتعاقد معها بسلطات لا نظير لها في العقود المدنية كسلطتها في تعديل التزامات المتعاقد معها، وسلطتها في توقيع الجزاء عليه حال تخلفه عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية [1].

وإذا كان تنفيذ العقد الإداري– التقليدي أو الإلكتروني- يتطلب تشديدا في تقدير سلوك المتعاقد، وهو بصدد الوفاء بالتزاماته الناشئة عن العقد، فإن هذا لا يعني التضحية بحقوقه المستمدة من ذلك العقد ، وإلا لأدى ذلك إلى تهيب الأفراد في الاقدام على التعاقد مع الإدارة .

فتفقد الإدارة بذلك وسيلة من أنجح الوسائل في تسيير مرافقها العامة، فالمتعاقد مع الإدارة هو فرد يسعى إلى الربح والمقابل المالي المحدد بموجب العقد الإداري يشكل من جانبه الباعث الدافع على التعاقد، ويمثل أهم حقوقه عى الاطلاق، تلك الحقوق التي يتعين على جهة الإدارة أن تحترمها انطلاقا من منطق الرضائية بوصفها جوهر فكرة العقد سواء في نطاق القانون الخاص أو القانون العامولما كانت الأسس العامة لالتزامات أطراف العقد الإداري التقليدي أو الإلكتروني.

تتمثل خضوع المتعاقد في تنفيذ التزاماته لرقابة وتوجيه الإدارة، وحق

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، دار الإيمان للطباعة،الأسكندرية، بدون سنة نشر، ص٥.

المتعاقد في أن تحترم جهة الإدارة التزاماتها الناشـ العقد الإداري، وحقوق الإدارة تجاه المتعاقد، وأسباب استحالة تنفيذ العقد الإداري الإلكتروني[1]، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: خضوع المتعاقد في تنفيذ التزاماته لرقابة وتوجيه الإدارة

المبحث الثاني: حق المتعاقد في أن تحترم جهة الإدارة التزاماتها الناشئة عن العقد الإداري

المبحث الثالث: حق المتعاقد في أن تحترم جهة الإدارة التزاماتها الناشئة عن العقد الإداري الالكتروني

المبحث الرابع: الشروط اللازم توافرها في استحالة تنفيذ العقد الإداري الإلكتروني

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، فبراير ١٩٨٤م، ص٣٠٩.

المبحث الأول
خضوع المتعاقد في تنفيذ التزاماته لرقابة وتوجيه الإدارة

تمهيد وتقسيم:

يحكم التزامات المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري- سواء إذا كان مبرم بطريقة تقليدية أو طريقة إلكترونية- خضوعه لرقابة وتوجيه الإدارة، وإذا كان من المتصور أن رقابة الإدارة على المتعاقد في مجال تنفيذ العقد الإداري، هي من الحقوق والسلطات التي تملكه في مواجهة المتعاقد، فإن الرقابة تعد أيضا التزاما ليس فقط بالنسبة للمتعاقد، وإنما أيضا بالنسبة للإدارة ، فالرقابة على المتعاقد تعد بالنسبة للإدارة حقا وواجبا في ذات الوقت على أساس أن ما تملكه الإدارة من حقوق وسلطات خولها القانون إياها فيمجال تنفيذ العقد الإداري ما هي إلا وسيلة تستخدمها بهدف تحقيق النفع العام(1).

ومما لا شك فيه أن اختلاف الطبيعة الخاصة بكل نوع من أنواع العقود الإدارية- على الطريقتين التقليدية والإلكترونية- ، وكذلك درجة اتصال العقد الإداري بالمرفق العام ، يكون له أثر كبير على اختلاف وسائل الرقابة التي تلجأ إليها الإدارة في مجال تنفيذ العقد الإداري، كما يكون له أثر بعيد عن الأهداف والحدود التي تقف عندها تلك الوسائل، وبناء على ما تقدم ، يقتضي شرح هذه المسألة أن نخصص مبحثين مستقلين لدراسة وسائل الرقابة على المتعاقد وحدودها وأهدافها على نطاق نوعين من أنواع العقود الإدارية ، وهما عقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: وسائل الرقابة على المتعاقد وحدودها وأهدافها على عقد الأشغال العامة

المطلب الثاني: وسائل الرقابة على المتعاقد وحدودها وأهدافها على عقد التوريد

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٣١٠.

المطلب الأول
وسائل الرقابة على المتعاقد وحدودها وأهدافها على عقد الأشغال العامة

التعريف بعقود الأشغال العامة:

يعرف" عقد الأشغال العامة أو عقد المقاولة" بأنه اتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير – بمقابل- ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة تحقيقا لمنفعة عامة، وحتى يوجد عقد الأشغال العامة لابد من توافر أربعة عناصر:

١- يجب أن يتعلق العقد بعقار، وليس بمنقول وإن كبر حجمه، وذلك سواء تعلق الأمر بأرض فضاء أم بمبان أو عقارات بالتخصيص.

٢- يجب أن تتمثل أعمال الأشغال العامة في أعمال بناء أو هدم أو ترميم أو صيانة كأعمال الطلاء وتنظيف الشوارع والأماكن العامة.

٣- يجب أن تتم الأعمال المنصبة على العقار لحساب جهة الإدارة ، وليس من اللازم أن يكون العقار مملوكا لها لها سواء كان من الأموال العامة أو الخاصة، فقد يكون مستأجرا ، أو ملكا للمتلزم الذي يتولى شأن أحد المرافق العامة، أو لأحدى الجمعيات ذات النفع العام.

٤- يجب أن تتم الأعمال المكونة للأشغال العامة بقصد تحقيق النفع العام وليس تحقيقا لكسب مالي [1].

ويلتزم المقاول بإنجاز الأشغال العامة محل العقد في الموعد المتفق عليه، ويقوم بتسليمها لجهة الإدارة تسليما مؤقتا، أما التسليم النهائي فيتم بعد انتهاء فترة الضمان ومدتها سنة من تاريخ التسليم المؤقت، وخلال هذه المدة يضمن المقاول جميع الأعمال موضوع العقد ، وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل ، فإذا ظهر أي عيب قام بإصلاحه ، وإلا أجرته الإدارة على نفقته وتحت مسئوليته [2].

---

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢١٢.

(٢) المادة ٨٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

وذلك دون الإخلال بمدة الضمان المنصوص عليها بالمادة ٦٥١ من القانون المدني، وهي عشر سنوات تبدأ من تاريخ التسليم النهائي للأعمال محل العقد ؛ وترفع دعوى الضمان العشري خلال ثلاث سنوات من تاريخ التهدم أو انكشاف العيب، وإلا سقط الحق فيها طبقا لنص المادة ٦٥٤ من القانون المدني[١].

فإذا تأخر المقاول عن تنفيذ التزاماته التعاقدية في المدة المتفق عليها جاز للسلطة المختصة- إذا اقتضت المصلحة العامة- إعطاءه مهلة إضافية لاتمام التنفيذ، على أن توقع عليه غرامة تأخير اعتبارا من بداية هذه المهلة وإلى تمام التسليم الابتدائي، وذلك بواقع ١٪ من قيمة العقد[٢]، فإذا أخل بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إنذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول، كان للسلطة المختصة سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بنفس الشروط، أو فسخ العقد، وفي الحالتين يصبح التأمين النهائي من حق الإدارة المتعاقدة[٣].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا أنه إذا تأخر المقاول في التنفيذ دون أن يكون مستحقا لمرحلة إضافية ، ولم يكن التأخير راجعا لأسباب قهرية، لابد للمقاول فيها ، ففي هذه الحالة توقع على المقاول غرامة تأخير عن المدة التي تأخر فيها في إنهاء الأعمال، وتحسب وفقا للنسب المقررة..............." [٤].

ويتم صرف المقابل المالي في عقد الأشغال العامة على دفعات تحت الحساب تبعا لتقدم العمل، وذلك على النحو التالي:

- ٩٥٪ من قيمة الأعمال التي تمت فعلا مطابقة للشروط
- ٧٥٪ من قيمة المواد التي وردها لاستعمالها في العمل

---

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢١٣.

(٢) المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

(٣) المادة ٨٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

(٤) الطعن رقم ٢٩٦٦ لسنة ٤٥ قضائية ، جلسة ٢٠ نوفمبر ٢٠٠١م.

• عند التسليم المؤقت يصرف للمقاول ما يستحقه بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها له.

• عند التسليم النهائي- بعد مدة الضمان- يدفع للمقاول باقي الحساب بما في ذلك التأمين النهائي أو ما تبقى منه[1]

ولا يجوز للإدارة أن تتأخر في تقديم الدفعات المقدمة تحت الحساب لأكثر من ستين يوما من تاريخ تقديم المقاول للمستخلص الذي يتم الدفع على أساسه، وإلا التزمت بالتعويض[2]

وقد نصت المادة ٨٢/ ٣ من اللائحة التنفيذية على أنه " لا يكون للمقاول حق طلب مبالغ زيادة أو تعويضات مهما كانت خسارته أو تكبده مصروفات إضافية"، غير أن المحكمة الإدارية العليا ، كانت قد قضت بأن هذا النص " لم يقصد حرمان المقاول من الحصول على قيمة ما يقوم به من الأعمال الزائدة، وإلا كان معنى ذلك، إثراء جهة الإدارة المتعاقدة على حساب المقاول دون سبب ....، وكل ما يؤدي إليه هذا النص هو إلزام المقاول بأداء تلك الأعمال بنفس الأسعار التي تم الاتفاق عليها أصلا دون أن يكون له حق التمسك ....بأسعار أزيد، أو المطالبة بأي تعويض عما سعى أن يكون قد أصابه من أضرار بسبب ممارسة جهة الإدارة حقها في تعديل الكميات المتعاقدة عليها بالزيادة....... "[3]

وتوجد أحكام الإعلان عن الممارسة عن العقود الإدارية في المادة ٤٠ من قانون العقود الإدارية، وكذا المادة ٥٧ بالنسبة للممارسات العامة، والمادة ٦٠ بالنسبة للممارسات المحدودة، وطبقا لأحكام هذه المواد ، فإن الإعلان عن

---

(١) المادة ٨٥ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

(٢) القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥م بتعديل بعض أحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٥ مارس ١٩٧٨ م، الدعوى رقم ٧٦٣ لسنة ١٥ قضائية.

الممارسات يتم كالآتي:.....................بالنسبة لعقود الأشغال العامة ما بين ٩٠ ألف يورو و٥ ملايين و٩٠٠ ألف يورو ، يجب الإعلان عنها في النشرة الرسمية لإعلانات العقود الإدارية أو جريدة خاصة بالإعلانات القانونية، وفي العقد الإداري الإلكتروني، فإنه طبقا لنص المادة ٢ من المرسوم رقم ٢٠٠٢-٦٩٢ (١)

---

(١)

Article 2 (Conformément aux dispositions de l'article 56 (1°) du code des marchés publics ،la personne publique peut mettre le règlement de la consultation, le cahier des charges, les documents et renseignements complémentaires à la disposition des personnes intéressées sur un réseau informatique dont les modalités d'accès sont précisées dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Quelle que soit la procédure, les personnes intéressées doivent pouvoir consulter et archiver sur leur ordinateur le règlement de la consultation. Les personnes intéressées, dans le cadre d'un appel d'offres ouvert, et les candidats invités à présenter une offre, dans le cadre d'une mise en concurrence simplifiée, d'un appel d'offres restreint ou d'une procédure négociée, doivent pouvoir également consulter et archiver sur leur ordinateur le cahier des charges, les documents et renseignements complémentaires. A cet effet, ils fournissent le nom de l'organisme, le nom de la personne physique téléchargeant les documents et une adresse permettant de façon certaine une correspondance électronique assortie d'une procédure d'accusé de réception.

Dans le cadre d'une mise en concurrence simplifiée, d'un appel d'offres restreint ou d'une procédure négociée, la personne responsable du marché peut également envoyer par voie électronique la lettre de consultation aux candidats invités à présenter une offre. Ceux-ci sont alors avisés qu'ils sont habilités à télécharger le dossier de la consultation. Hormis le cas des marchés négociés sans publicité préalable ،mention doit avoir été faite de cette possibilité dans l'avis d'appel public à concurrence.

Les personnes intéressées et les candidats peuvent demander que les documents mentionnés au premier alinéa leur soient envoyés par voie postale ،sous forme d'un support physique électronique ou sous forme d'un support papier.

Les candidats qui choisissent de prendre connaissance par voie électronique des documents mentionnés au premier alinéa conservent la

=

يتم الإعلان عن الممارسة في موقع النشرة الرسمية لإعلانات العقود الإدارية، وفي موقع الشخص المعنوي المسئول عن التعاقد[1] ...

أنه طبقا للمادة ٤٠ من قانون العقود الإدارية في فرنسا في فقرتها الأولى، فإن الشخص العام في اختيار الطريقة التي يتم بها الإعلان إذا كانت قيمة الممارسة أقل من ٩٠ ألف يورو ، لذا فيجوز الإعلان إما على موقع إلكتروني ، أو الإعلان في النشرات الرسمية الخاصة بإعلانات العقود الإدارية، ومع ذلك، فإن الفقه الفرنسي، يرى أن الإعلان على مواقع شبكة المعلومات الدولية كاف وحده للإحاطة بالشروط الفنية والقانونية لإبرام العقود الإدارية، كما أنه يوفر مبدأ العلانية كأهم المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية ، وذلك المعنى يؤكده الفقيه الفرنسي" Jean Vincent " (هذا الإجراء مهم لأنه يحقق موضوعه، ويهدف كذلك إلى المعرفة الكاملة للعقد من طرف المهتمين) [2]

كما أكدت المادة ٣٦ من التوجيه الأوروبي رقم ١٨/ ٢٠٠٤ على أهمية الإعلان على مواقع شبكة المعلومات الدولية للعقود الإدارية، لكونه يعطي معرفة كاملة للعقد من طرق المتعاملين الاقتصاديين، ولكي يتحقق ذلك، يجب أن الإعلان على موقع الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي[3]

=

possibilité, au moment du dépôt de leur candidature ou de leur offre, de choisir entre la transmission par voie électronique et la transmission sur un support papier ou, si le règlement de la consultation le permet, la transmission sur un support physique électronique.

(١)

Kessler (D.), Le contrat administratif face à l'électronique : Peut-il exister un contrat administratif électronique, Op.Cit.,p.63.

(٢)

Vincent (J.) ,publicité de l'acte administrative, J.C. ADMI.-fascicule 40-200,p.40.

(٣)

Article 36 (Les avis envoyés par les pouvoirs adjudicateurs à la Commission, sont transmis soit par des moyens électroniques conformément au format et aux modalités de transmission indiqués

=

يمثل الإعلان عن الممارسة في العقد الإداري الإلكتروني دعوة للتعاقد، وعلى مقدمي العطاءات احترام الشروط والأحكام المنصوص عليها في كراسة الشروط، كما يمكن للسلطات المتعاقدة إصدار كتالوجات خاصة ونشرها على مواقعها عبر شبكة المعلومات الدولية، تبين فيها قيمة العقد والشروط الفنية والقانونية لذلك[1]

وتتميز عقود الأشغال العامة بوضع خاص عن سائر العقود الإدارية، فالإدارة في نطاق هذا النوع من العقود تعد صاحبة المشروع ، أما المقاول (المتعاقد) فيقتصر دوره على التعاون معها في تنفيذه، فرقابة الإدارة على المتعاقد في عقود الأشغال العامة لا تقتصر على الرقابة بالمعنى الضيق (الاشراف) ، وإنما تمتد في الحقيقة لتشمل الرقابة بمعناه الواسع أي بمعنى توجيه المتعاقد في تنفيذ العقد والتدخل في أوضاع هذا التنفيذ، على أنه إذا كانت الإدارة تتمتع في عقود الأشغال العامة بتلك السلطات الواسعة للرقابة على المتعاقد، فما هي الإداة الرئيسية أو الوسيلة التي تلجأ إليها لتوجيه المتعاقد في التنفيذ، وما هي مظاهر وأهداف هذا التوجيه أو التدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وما هو الحد الذي تقف عنده تلك السلطات؟

=

à l'annexe VIII, point 3, soit par d'autres moyens. En cas de recours à la procédure accélérée prévue à l'article 38، paragraphe 8, les avis doivent être envoyés soit par télécopie، soit par des moyens électroniques, conformément au format et aux modalités de transmissions indiquées à l'annexe VIII،point 3. Les avis sont publiés conformément aux caractéristiques techniques de publication indiquées à l'annexe VIII،point 1, ...)

(1) Article 2 du DIRECTIVE 2004/18/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

أولا: وس إدارة الرئيسة في الرقابة على .. ـقد

يمكن تعريف الأمر المصلحي باعتباره وسيلة الإدارة الأساسية في الرقابة على المتعاقد بأنه الأمر الصادر من جهة الإدارة إلى مقاول الأشغال العامة بقصد تحديد أو .. ـنيذ العقد، وتصدر الأوامر المصلحية عادة من بعض الأعضاء الفنيين في الإدارة، لاسيما المهندسين المنوط بهم الإشراف على تنفيذ الأشغال العامة، ويعد الأمر المصلحي -حسبما يرى الفقـ .. والمصري- قرار إداري ملزم يتعين على المقاول احترامه، وتنفيذ ما جاء به .. ـان له عليه أي اعتراض، فيجب أن يسلك السبيل المشروع لتحقيقه، أما بالتظلم الإداري، أو بسلوك السبيل القضائي، فإذا لم يفعل عرض نفسه للمسئولية[1].

والقاعدة العامة في الأمر المصلحي أن يصدر في صورة كتابية، ويترتب على ذلك أن المقاول لا يلتزم بتنفيذ الأوامر الشفهية التي تصدر إليه، ومن ناحية أخرى، فإنه لا يستطيع أن يستند في طلب التعويض إلا إلى الأوامر الكتابية، ومع ذلك، فالمسلم به أن العقود الإدارية تستطيع النص على التحرر من هذه الشكلية بإجازة الأمر الشفهي صراحة، كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد احترم الأمر الشفهي، إذا اعترفت به الإدارة، أو إذا كان العرف الإداري يجري على تقليد الأوامر الشفهية[2].

وإذا كان من الواجب أن يصدر الأمر المصلحي في صورة كتابية، فإنه ليس ثمة صورة كتابية بعينها يلزم اتباعها، فيكفي مجرد خطاب أو مذكرة، بشرط أن تكشف عن نية الإدارة القاطعة، والقاعدة المطبقة في فرنسا هي بعينها الواجبة الاحترام في مصر[3].

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية" دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص٤٣٦ وما بعدها.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٣٥٣.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية" دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص٤٣٨ وما بعدها.

وإذا أصدرت الإدارة أمرا مصلحيا إلى المقاول، فإنه له أن يقبل [illegible]
صراحة، ويكون ذلك بتوقيعه على الأمر بالعلم وبدون تحفظ، وقد يست[illegible]
القبول من تنفيذ الأمر، كما يكون له الحق في رفض الموافقة على الأمر؛ [illegible]
يتعين عليه التظلم بالطريق المشروع، وذلك خلال المدد التي يحددها العقد أ[illegible]
الشروط، وهي عادة مدد قصيرة، يترتب على مرورها سقوط حق المقاول في
التظلم[1].

كما يجب من ناحية أخرى، أن يكون الأمر الصادر من الإدارة المتعاقدة أمرا مصلحيا بمعنى الكلمة، بحيث لا يجوز للإدارة أن تستتر وراء نظام الأوامر المصلحية- الخاصة بالرقابة في تنفيذ العقد- لاتخاذ موقف تعسفي مع المقاول بحرمانه من بعض طلباته الأخرى المشروعة، كرفضها دفع باقي الثمن، واستنادها إلى أن المقاول لم يعترض على قرارها في هذا الصدد خلال المدد المحددة للاعتراض على الأوامر المصلحية[2].

وإذا ما بحثنا هذه المسألة في إطار شبكة المعلومات الدولية، فلا يوجد خلاف أن الأمر المصلحي يعتبر وسيلة أساسية للإدارة في الرقابة على المتعاقد، ولا يعتبر كتابة الأمر المصلحي بالكتابة الإلكترونية بالأمر الجديد أيضا، حيث تعتبر الكتابة الإلكترونية مثلها مثل الكتابة التقليدية في قوتها في الإثبات، بعد اعتراف أغلب القوانين الداخلية والتوجيهات الدولية بها، فما سبق أن أوضحناه بخصوص الوضع القانوني للمحررات الإلكترونية، والحجية القانونية للكتابة الإلكترونية في الإثبات هو بحرفيته في هذا المجال.

ثانيا: مظاهر الرقابة والإشراف على المتعاقد وأهدافها:

تعد الإدارة في عقود الأشغال العامة صاحبة المشروع، وعلى ذلك فإن المتعاقد معها (المقاول) يخضع لرقابتها وتوجيهها منذ أول لحظة لتنفيذ العقد حتى نهايته، فالإدارة هي التي تأمر بالبدء في تنفيذ الأشغال ، كما يتولى رجال

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٠٧.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٠٨.

الإدارة ا-سيرن تحديد خطوات سير العمل ومواعيد التسلم وفقا للمتفق عليه، وما تستحدثه الإدارة من تعديلات أثناء التنفيذ[1] .

ولهذا الحق(الحق في الرقابة) صور ومظاهر. وأولها حق الإشراف على المتعاقد مع الإدارة طوال مراحل التنفيذ، بحيث تتم كل مراحل التنفيذ وخطواته، تحت بصر الإدارة وسمعها، فاذا ما رأت الإدارة خروجاً على شروط العقد، تظهر الصورة الثانية، صورة التو جيه، وفيها توجه الإدارة نظر المتعاقد معها للخطأ الذي يرتكبه، وتطلب منه اله ...ل عن هذا المسلك، وتعديل ما وقع من خطأ في الواقع المادي، وهكذا تأمن الإدارة أي خطأ وتطمئن إلى خروج المشروع على وجه يحقق الهدف منه. وقد تأخذ سلطة الرقابة والتوجيه، صورة دخول مندوب الجهة الإدارية أماكن العمل، وطلب بعض الوثائق والفواتير للإطلاع عليها وفحصها، وقد تمتد هذه السلطة لتصل إلى حد إجراء تحريات وتلقي شكاوى الأفراد والجهات وتحقيقها واتخاذ ما يلزم حيالها[2].

يعد حق الإدارة في الإشراف والرقابة على المتعاقد معها، حق متعلق بالنظام العام، وأنه بذلك حق موجود وقائم سواء تضمن العقد النص عليه أو جاء خلواً منه، بل وحتى لو تنازلت الإدارة عن هذا الحق صراحة في

العقد، فإن التنازل يكون باطلاً، ويبقى الحق قائماً، ورأينا كذلك أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة الاعتراض على الإدارة في ممارستها لحق الإشراف والرقابة، ولا يجوز له الامتناع عن تنفيذ توجيهاتها وقراراتها المتعلقة بذلك، وأن أي إخلال أو تقاعس عن التنفيذ، يعرض المقاول للعقوبات التي توقعها عليه الإدارة، والتي قد تصل إلى حد إنهاء العقد[3].

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٠٩.

(٢) د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، ص٨٩، هذا البحث عبر شبكة المعلومات الدولية من خلال الموقع التالي في تاريخ ١٧ مارس ٢٠١٣:

http://bu.edu.eg/olc/images/413.pdf

(٣) د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية،المرجع السابق، ص٩٠-٩٢.

ولا يجب أن يفهم من ذلك أن حق الإدارة في الإشراف على المتعاقد معها ومراقبته وتوجيهه، حق مطلق وبلا حدود ولا ضوابط، فالمقرر أن هذا الحق مقرر ومفروض لتحقيق أغراض معينة، ومن ثم فلا يجوز للإدارة الخروج عن هذا الهدف[1] .

ومن المتفق عليه، أن غرض العقد وموضوعه يشكلان الإطار الضابط لحق الإشراف والرقابة والتوجيه، فلا يجوز للإدارة ممارسة هذا الحق إلا داخل هذا الإطار، فإن خرجت كان عملها غير مشروع، ويجب أن لا يكون استعمال الإدارة لحقها في الإشراف والتوجيه مشوباً بسوء استعمال السلطة أو الانحراف بها، إذ المتفق عليه أن استعمال سلطة الإشراف والتوجيه لتحقيق أغراض غير تلك التي تم إبرام العقد لتحقيقها، يعتبر انحرافاً بالسلطة، يشوب القرار بعدم المشروعية، ولا يجوز للإدارة تعديل شروط العقد، بزعم استعمالها لحقها في الرقابة والإشراف، فإن فعلت كان قرارها خارج حدود هذه السلطة[2] .

وننوه إلى أنه إن كان المقاول ملتزم بتنفيذ قرارات الإدارة المتعلقة بالرقابة والإشراف، إلا أنها إذا كانت خارج حدودها القانونية على نحو ما حددنا، فإنه وإن كان من غير الجائز أن يمتنع المقاول عن تنفيذها، إلا أنه له

الحق في الالتجاء للقضاء طالباً إلغاءها أو التعويض عما سببته له من أضرار، أو بالإلغاء والتعويض جميعاً[3] .

وللإدارة أن تأمر بهدم ما تم من أعمال على خلاف المقرر وإعادته من جديد على حساب المقاول، ولها بطبيعة الحال ووفقا لمقتضيات الصالح العام – أن تأمر بوقف العمل مؤقتا ، ولكن إذا تجاوز الوقف الحدود المعقولة، فإن للمقاول الحق في طلب فسخ العقد مع الحصول على التعويضات اللازمة [4] .

---

(١) د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية،المرجع السابق، ص٩٠-٩٢.

(٢) د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية،المرجع السابق، ص٩٠-٩٢.

(٣) د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص٩٠-٩٢.

(٤) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٠٩.

وإذ: بحثنا هذه المسألة في عقد الأشغال العامة المبرم عبر شبكة المعلومات الدولية، فلانجد اختلافا كبيرا، فالمبادئ العامة التي تسير عليه عقود الأشغال العامة من حيث التزامات كل من المتعاقد والإدارة، لا تختلف بمجرد إبرام العقد عبر شبكة المعلومات الدولية.

ثالثا: حدود الرقابة والإشراف على المتعاقد (مقاول الأشغال العامة):

تعتبر سلطة الرقابة من أهم الآثار المترتبة عن العقد الإداري، وهي مستمدة من الإتصال بالمرفق العام، وتخول للإدارة "الإشراف على تنفيذ المتعاقد معها للالتزامات، بإصدار الأوامر والمنشورات والدوريات والتعليمات العامة الملزمة للتصرف في اتجاه دون الآخر، وقد تستمد هذه السلطة من النصوص المدرجة في العقد ،لكن استمدتها الإدارة من هذه الأخيرة أو من المرفق العام فالمهم هو أنها سلطة ليست مطلقة ولا يمكن لها تجاوز مبدأ المشروعية، مثل :ميول الإدارة نحو هدف لا علاقة له بالمرفق العام موضوع العقد،أو مخالفة موضوع العقد لتعديل.فسلطة الرقابة إذا تجاوزت حدودها تضرب العقد في الصميم وفي الشكل أيضا،كأن يشكل تدخل الإدارة المفرط في عقد الامتياز تحويله إلى أسلوب الاستغلال المباشر[1].

إذا كانت الإدارة تتمتع بسلطات واسعة في الرقابة على المتعاقد ، فإنها تخضع في ممارستها لتلك الرقابة لضوابط معينة ، حتى تكون بمنأى عن المسئولية، ويميز الفقه والقضاء على وجه الخصوص في فرنسا بين حالتين في هذا الصدد، سنتاولها بالبحث في التالي:

الحالة الأولى: تتمثل في عدم خضوع الإدارة لأى نوع من المسئولية وهي بصدد ممارستها للرقابة على المتعاقد:

تباشر الإدارة في هذا الفرض اختصاصاتها في الرقابة المخولة لها بموجب

---

(١) د. عبد الله حجاج، العقود الإدارية، مجلة القانون العام والعلوم الإدارية، ديسمبر ٢٠١٢، متاح بتاريخ ١٨ مارس٢٠١٣، على الموقع :
http://droit-pub.blogspot.com/2012/12/blog-post_5.html

العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به، وعلى ذلك، فلا يكون للمتعاقد
مطالبتها بأي تعويض عن النفقات التي يمكن أن يتكبدها نتيجة ممارستها
السلطات، وهذا بلا شك أمر طبيعي ويتفق ومنطق الرضائية في مجال تنفيذ العقد
الإداري، فطالما ورد النص على تلك الشروط في العقد، أو في دفاتر الشروط
الملحقة به، وكانت محلاً للقبول من جانب المقاول، فلا يجوز له بعد ذلك المطالبة
بتقرير مسئولية الإدارة [1].

الحالة الثانية: تتمثل في تقرير مسئولية الإدارة في مواجهة المتعاقد عن
الأخطاء أو التجاوز الذي يمكن أن ينسب إليها وهي بصدد ممارستها للرقابة:

ويميز الفقه والقضاء الفرنسي في هذا الصدد بين خطأ الإدارة المشوب
بالتعسف وبين التجاوز في ممارسة سلطات الرقابة، والذي لا يندرج تحت مفهوم
الخطأ وإن كان يترتب مسئولية الإدارة في مواجهة المقاول:

فبالنسبة لخطأ الإدارة المشوب بالتعسف في ممارسة سلطات الرقابة، تشير
أحكام مجلس الدولة الفرنسي العديد من الأمثلة والتطبيقات في هذا الشأن، مثل
التأخر المنسوب للإدارة بصوره المختلفة، كالتأخر في تسليم المقاول الأمر
المصلحي بالبدء في تنفيذ الأشغال والتأخر في تسليمها الرسوم والمقايسات
والتأخر في تسليمه الأرض محل الأشغال، وخطأ جهة الإدارة المشوب بالتعسف
في إدارة الأشغال، ومن أمثلته أن تطلب الإدارة من المقاول أحضار مؤن تزيد عن
حاجة العمل أو الاستعانة بعدد من العمال يزيد عن الحد المطلوب [2].

أما بالنسبة للتجاوز المنسوب للإدارة في ممارستها لسلطة الرقابة، فيترتب عليه
التزام الإدارة بتعويض المقاول عن النفقات التي يتكبدها نتيجة تجاوزها في
استخدام السلطة المخولة لها بموجب العقد في الرقابة، وذلك إعمالا لمبدأ التوازن
المالي في العقد الإداري، فالإدارة في هذا الفرض لا تخطئ، وإنما تلتزم بتعويض
الضرر الناجم عن استخدامها لسلطة الرقابة، حتى لا يتحمله المقاول، فهي بذلك

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢١٢.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢١٣.

تعيد التوازن المالي للعقد الإداري إلى الحالة التي كان عليها لحظة إبرام العقد [1].

خلاصة القول، أن الإدارة إذا كانت تتمتع في عقود الأشغال العامة بسلطات واسعة في الرقابة على المتعاقد تصل إلى حد التدخل في أوضاع تنفيذ العقد، فإنها مع ذلك تخضع وهي بصدد ممارستها لتلك الرقابة لضوابط معينة ، حتى تكون بمنأى عن المسئولية، تلك الضوابط التي تتمثل أساسا في البعد عن دائرة التعسف أو الخطأ، أو التجاوز في ممارسة الرقابة [2].

وتترتب مسئولية الإدارة تجاه المتعاقد (مقاول الأشغال العامة) في حالة التعسف، أو التجاوز، سواء كان العقد (عقد الأشغال العامة) أبرم بالطرق التقليدية، أو عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونية، وذلك أن مرحلة تنفيذ العقد(عقد الأشغال العامة) لا يمكن أن يتم عبر شبكة المعلومات الدولية، حيث لابد له أن يتم بشكل تقليدي، لذا لاجديد في الحديث عن صور الرقابة وحدودها وأهدافها من قبل الإدارة على المتعاقد في هذا العقد، إذا ما أبرم هذا الأخير عبر هذه الشبكة.

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢١٣.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢١٤.

المطلب الثاني

وسائل الرقابة على المتعاقد وحدودها وأهدافها على عقد التوريد

يتميز عقد التوريد بموضوعه المتعلق بالمنقول كالبضائع أو مواد التموين أو البنزين" المتوجات الغذائية ذات الاستعمال البشري" ، المنتوجات الغذائية للاستعمال الحيواني، مواد البناء، الآلات، الحديديات ،لوازم الرصاصة الصحية، التوريدات الكهربائية...إلخ، وأيضا الأجهزة التلفزية والألبسة، وبناءا على أحكام القضاء (.............. وحيث إنه بالرجوع إلى العقد المبرم بين المدعي والمكتب المدعى عليه ، والذي يلتزم بمقتضاه الطرف المدعي بتوريد مجموعة من الألبسة الرياضية لفائدة المكتب المدعى عليه لتخصيصها لفائدة المخيم الصيفي لأطفال مستخدميها ، يتبين أنه أبرم وفقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة ٢١ من المرسوم الصادر بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٩٨م،أي إتباع مسطرة طلب العروض المحدودة، وحيث أن العقود التي يتم إبرامها وفقا لمرسوم ٣٠ ديسمبر ١٩٩٨م، تعتبر عقودا إدارية بقوة القانون دونما حاجة إلى بحث مدى توافر باقي المعايير، وبالتالي فإن عقد التوريد الذي يبرم بين شخص عام وشركة خاصة وفقا لمقتضيات المرسوم ١٩٩٨م عقد إداري) [١].

ويعرف عقد التوريد بأنه عقد إداري يتعهد بمقتضاه أحد المتعهدين بأن يورد للإدارة منقولات تلزمها مقابل ثمن معين، فهذا العقد يقابل عقد البيع في القانون الخاص ، وينصب على أي نوع من أنواع المنقولات كالمواد الغذائية ومواد الوقود وأدوات المكاتب، ولا يؤدي عدم اتفاق المتعاقدين في عقد التوريد الإداري على السعر قبل قيام المتعاقد مع الإدارة بتوريد السلعة المتفق عليها إلى بطلانه، وإنما تقوم المحكمة الإدارية المختصة بتحديد السعر المناسب إذا أختلف الطرفا في تحديده [٢] .

---

(١) د. عبد الله حجاج، العقود الإدارية، مجلة القانون العام والعلوم الإدارية، مرجع سابق.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٥٦٠-١٣ في ١٧ يونيو ١٩٧٢م، السنة القضائية ١٨، ٨١-٥٦٧.

وإذا كان الثمن الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقد الإداري يقيد طرفيه كأصل عام، فإنه ليس هناك ما يمنع قانونا من الاتفاق على تعديله، وذلك بتلاقي إرادة الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد بصورة صريحة وقاطعة مع إرادة المتعاقد معها على التعديل، وتبدأ المدة المحددة للتوريد من اليوم التاليلإخطار المورد، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك، كالاتفاق على أن يبدأ سريان الميعاد من تاريخ حدوث إجراء معين كصدور إذن استيراد[1].

ويعتبر ميعاد التوريد من العناصر الأساسية لعقد التوريد، بحيث يجوز للمورد أن يطلب إبطال العقد إذا وقع في غلط بشأنه، إذ على أساس هذا الميعاد تتحدد إمكانية المورد في توريد السلع المطلوب توريدها في الميعاد المتفق عليه[2].

ومن القواعد المسلم بها في العقود الإدارية والمدنية على السواء" إن تنفيذ الالتزام يكون عينا، فإذا امتنع المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ ما تعهد به، جاز لها أن تجبره على الوفاء عينا، مع تعويضها عن الضرر الذي ينشأ عن إخلاله بتعهده، بيد أنه ولئن كان الإلزام بالتنفيذ عينا في المعاملات المدنية لا يتم إلا عن طريق القضاء، فإنه في العقود الإدارية يمكن أن يجري بواسطة الإدارة ، تقوم به بنفسها وعلى حساب الجهة المتعاقدة معها وتحت العقد، فلا يسوغ للإدارة أن تلجأ إلى التنفيذ على الحساب وإنهاء العقد معا، ويلزم المتعاقد المقصر بأن يؤدي إلى الإدارة فرق الأسعار وغرامة التأخير، وغرامة التخزين" [3].

إذا كانت رقابة جهة الإدارة تعد في حقيقتها رقابة فحص لاحقة للأصناف التي تم تسليمها بالفعل، من جانب المورد بهدف التأكد من مطابقتها لما تم الاتفاق عليه، فإن هذا التصورلم يعد له محل الآن، فقد ظهرت أنماط جديدة من

(١) فتوى رقم ١٠٢٠ في ١٩ ديسمبر ١٩٨٧، جلسة ٢٨ أكتوبر ١٩٨٧، السنة القضائية ٤١ ،٤٢، ١٨٣-٥١٨.

(٢) حكم محكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٩ يونيو ١٩٧٤ ، في الدعوى رقم ٢٩٧ لسنة ١٦ قضائية.

(٣) فتوى الجمعية العمومية رقم ٣٣٩ في ٢ مايو ١٩٩٥م، جلسة ٢٢ مايو ١٩٩٥م، ٤٩.

عقود التوريد لم تكن مألوفة فيما مضى، كعقود التوريد الصناعية، التي لا ... مهمة التعاقد فيها على تسليم منقولات معينة، بل يتولى تصنيعها بمعرفته ... يتطلب خضوعه لرقابة فعالة من جانب الإدارة في مرحلة تصنيع ... المنقولات[1].

وطبقا لما تقدم، يميز الفقه الحديث بين نوعين من عقود التوريد، النوع الأول: يمثل في عقود التوريد العادية، أما النوع الثاني: فيتمثل في عقود التوريد الصناعية، ولما كان مفهوم الرقابة التي تمارسها الإدارة على المتعاقد يختلف في كل من النوعين السابقين، فيكون من المنطقي التصدي لمعالجة وسائل الرقابة وحدودها وأهدافها في كل منهما على حدة[2]، وذلك على النحو التالي:

أولا: وسائل الرقابة على المتعاقد وحدودها وأهدافها في عقود التوريد العادية:

تتجلى رقابة الإدارة في نطاق هذا النوع من العقود في فحص أصناف البضائع تمهيدا لاستلامها نهائيا، وذلك بهدف التأكدمن مطابقتها لما تم الاتفاق عليه، أما فيما يتعلق بالإشراف على المتعاقد في أثناء التنفيذ، فالأصل أن يستقل المورد في نطاق هذا النوع من العقود بالحرية في اختيار طريقة التنفيذ على مسئوليته،ومع ذلك فإن للإدارة أن تحتفظ بالحق في الاشراف على المورد في فترة التنفيذ بشرط أن تنص على ذلك صراحة في العقد أو دفاتر الشروط الملحقة به[3]. ونضرب مثالا على ذلك بدفتر الشروط العامة لعقود التوريد العادية المتعلقة بوزارة الحربية الفرنسية، فالإدارة تحتفظ لنفسها بموجب دفتر الشروط بالحق في الإشراف الدائم على المتعاقد في فترة تنفيذ العقد، حيث يخضع هذا الأخير لرقابتها وهو بصدد استخدامه لعمال أو معاونين له في التنفيذ، كما أنه يلتزم بايضاح وتبرير المصادر التي يحصل منها على بضائعه، كما يلتزم بأن يمكن الإدارة من إعمال كافة الاختبارات اللازمة على المواد التي يقوم بتوريدها، وذلك بهدف

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢١٥.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢١٥.

(٣) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢١٦.

التأكد من مطابقتها لما تم الاتفاق عليه[1] .

ورغم اتساع سلطات الإدارة في الرقابة على المتعاقد على النحو السابق، إلا أنها في الحقيقة لا تتجاوز معنى الإشراف ، فهي لا تصل بأي حال إلى درجة التوجيه أو التدخل في أوضاع تنفيذ العقد، يؤكد ذلك في تقديرنا استخدام دفاتر الشروط دائما لاصطلاح " Surveillance " للدلالة على معنى الرقابة، كذلك أيضا، فإن رقابة الإدارة على المتعاقد في نطاق هذا النوع من العقود تكون دائما ذات مصدر اتفاقي، حيث ينبغي النص عليها في العقد[2] .

ثانيا: وسائل الرقابة على المتعاقد وحدودها في عقود التوريد الصناعية:

وفي مجال عقود التوريد الصناعية ، فإن الوضع مختلف، لأن الإدارة لا تتفق على مجرد التوريد، ولكن على نوع الصناعة أيضا، لا سيما إذا أنصب موضوع التعاقد على أشياء ذات أهمية خاصة تتعلق بالجهود الحربية، فحينئذ لا تقتصر رقابة الإدارة على مجرد التسلم، ولكن يكون لها متابعة المتعاقد أثناء تنفيذ العقد[3] .

وتحرص دفاتر الشروط الخاصة بهذا النوع من العقود في فرنسا على إبراز مختلف الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة في هذا الصدد، فالمادة "٣٧" من دفتر الشروط العامة لعقود التوريد الصناعية تشير إلى مختلف وسائل الرقابة التي تمارسها الإدارة على المتعاقد في إطار هذا النوع من العقود[4] .

فالمتعاقد يلتزم بموجب هذه المادة بأن يمكن الإدارة أو ممثليها من تفقد سير العمل في مصانعه، كما يلتزم بأن يضع تحت تصرف الإدارة كافة الوثائق

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢١٦.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢١٧.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية" دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص٤٤٧.

(٤) د. محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٣٢٥.

والمستندات التي تمكنها من إعمال سلطتهافي الإشراف بهدف التأكد من ...
عمليات التصنيع لما تم الاتفاق عليه، حيث يمكن للإدارة في أثناء التنفيذ ...
ترفضه أو تضع تحفظات بشأنه وتسجلها في أثناء التنفيذ[1].

كما تشير المادة ٢٢٣ من قانون العقود الإدارية في فرنسا لأحكام الرقابة المالية على المتعاقد في إطار هذا النوع من العقود فيما يتعلق بسعر التكلفة، حيث يلتزم المتعاقد بأن يطلع الإدارة أو ممثليها على كافة الوثائق والدفاتر التي تمكنها من إعمال رقابتها في هذا المجال[2] .

بالنسبة **للرقابة المالية**، فإنها تتمثل في الرقابة المحاسبية التي تباشرها الإدارة على المورد بهدف التأكد من سلامة اقتصاديات مشروعه، حيث تتم تلك الرقابة بمعرف مندوبي الإدارة المختصين الذين يطلعون على كافة الدفاتر والمستندات التي يلتزم المورد بموجب دفتر الشروط بأن يطلعهم عليها، أما **الرقابة الإدارية**: فإنها تتمثل فيما تتمتع به الإدارة من سلطات للإشراف على المتعاقد ، وهو بصدد استخدامه لموظفين أو عمال في مصانعه، كما أنها تتمثل في مراقبة سير العمل وفقا للخطط المرسومة والسابق الاتفاق عليها بين الإدارة والمورد، وذلك بهدف التأكد من مدى احترام المتعاقد لمدد التنفيذ المتفق عليها[3]

وقد أفرزت الثورة المعلوماتية، نوعا جديدا من العقود الإدارية، وهو عقد توريد الخدمات عبر شبكة المعلومات الدولية، مثل عقد توريد المعدات المعلوماتية، وعقد توريد برامج الحواسيب المتخصصة، وعقد الأتمتة المعلوماتية.

فبالنسبة **لعقد توريد المعدات المعلوماتية** الذي يعد عقد تسليم منقولات (معدات معلوماتية) يتفق على مواصفاتها مقدماً وقد يكون المتعاقد حراً في المصدر الذي يحصل عليه ويمكن أن يكون التوريد لصالح أحد أشخاص

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢١٨.

(٢)

Article 223 du Code administrative Française, Dalloz édition, 1989.

(٣) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٢٠.

القانون العام أو للشركات والمنشآت الخاصة لازمة للمرفق العام أو لهذا الشخص الخاص وذلك مقابل ثمن معين، ولكن في الحقيقة يوصف عقد التوريد بأنه عقد إدراي ولكنه كباقي العقود التي تعقد في نطاق القانون الخاص هو اتفاق ينجم عن اتفاق إرادتين، وبالإضافة إلى ذلك هناك وثائق لهذا العقد، وهي :

١- عقود عرفية من نسختين فقط للمتعاقد المعلوماتي وللإدراة أو للمنشأة اخاصة

٢- عقود تحرر من جانب واحد هي تأخذ طابع الإداري

٣- عقود تتم عبر تبادل الرسائل (بريدية-إلكترونية)

٤- ويمكن أن تكون مستندة إلى مذكرة مثل بعض عقود وزارة الدفاع (السرية)

٥- دفتر الشروط العامة الذي يعتبر جزءاً أو أساسياً في العقود الإدارية لأنه يبين فيها أشكال هذه العقود وإجراءاتها وكيفية تنفيذها وشروط العمل وزمنه وحالة التأخير في التسليم والغرامات وفسخ هذه العقود

٦-دفتر الشروط الخاصة :يوضع هذا الدفتر عند إجراء كل عقد وتحديد فيه الشروط الخاصة بهذا العقد بذاته كطبيعة العمل وكمية اللوازم المعلوماتية مع مدة التنفيذ وأمكنة ومواعيد الاستلام والتسليم .

٧-الملاحق والعروض المقدمة والملاحق تعتبر جزءاً لا يتجزأ من العقد والعرض يبين فيه المتعاقد تعييناً دقيقاً للسعر الذي يتعهد فيه المورد المعلوماتي بتوريد المعدات المعلوماتية [1].

أما بالنسبة لعقد توريد برامج الحواسيب المتخصصة، والذي يعد فيه

---

(١) المحامي. منصور عبد العزيز، عقد التوريد المعلوماتي، منشور عام ٢٠٠٦ ،وتم الرجوع إليه بتاريخ ٢٩ مارس ٢٠١٣م، على الموقع:
http://kenanaonline.com/users/foxrever/posts/250560

برنامج الحاسوب المختص ضمن فئة الأموال غير المادية، وهناك نوعان من هذا النوع من العقود، الأول: هو عقد التأليف الذي يصمم وينفذ فيه البرنامج النموذجي بناء على طلب المستعمل ويلبي حاجة مختصة له، والثاني: هو التطوير الذي يحدث فيه تعديلات وتطويرات هامة تدخل على هيكلية البرنامج النموذجي، وإن الوضع القانوني بالنسبة إلى عقود التأليف والتطوير مع برامج الحواسيب المختصة لا يفيد بتنازل المؤلف أو المتعهد عن ملكية هذه البرامج للمستعمل لمجرد أنها صممت ونفذت من أجله وطبقاً لحاجاته الخاصة، بل لا بد أن يتضمن عقد التأليف المعلوماتي بنداً صريحاً وخاصاً، وإلا بقيت ملكاً للمؤلف وهناك حالتان في بيان الملكية هما:

١ - **حالة وجود بند صريح للتنازل عن الملكية**: وفي هذه الحالة يمتنع على المورد في المستقبل القيام بأي عمل يدخل ضمن استغلال أو استثمار البرنامج الحاسوبي المختص الذي أنتجه أو الذي ورده.

٢- **حالة عدم وجود بند صريح للتنازل عن الملكية**: إن هذه الحالة من عقد التأليف للبرنامج المختص فيه كثير من التساؤل عما إذا كانت حقوق المستعمل تقتصر على الاستعمال أو تمتد لتشمل من البرامج المباعة والتسويق، لذلك نلجأ إلى تطبيق المادة / ١٥/ من قانون حماية المؤلف / ١٢/ لعام ٢٠٠١ الذي يفيد إلى بقاء ملكية النسخة الأصلية إلى الملف.

بالإضافة إلى **عقد الأتمتة المعلوماتي**، الذي يعرف بأنه عقد يقوم على علاقة ثنائية بين فريقين يجمع غالباً بين شركة خاصة أو هيئة عامة ومتعهد متخصص في المجال المعلوماتي يهدف إلى فهرسة الإدارة وملحقات الشركة أو المنشأة ووضع دراسات متعددة ومتطلبات الأتمتة (التحديث)، في هذا العقد من الواجب جعل ثبوتيات التعاقد جزءاً من العقد ويمكن الرجوع إليها في كل ما لم يرد فيه النص، في العقد وغالباً ما تتضمن هذه الوثائق:١- الكلفة التفصيلية ومدد التنفيذ،٢- دفتر الشروط العامة الصادرة بالمرسوم رقم / ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ في حال كان التعاقد مع هيئة أو شركة أو إدارة عامة،٣ - العرض الفني المقدم من المتعهد الذي بموجبه يبني واجباته والتزاماته،٤- العرض المالي والذي يتضمن البدل

المالي للقيام بالتعهد.

إنه من المعروف في نطاق القانون الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين إذا كان التعاقد مع شركة خاصة ،ويختلف الأمر إذا كان التعاقد مع الإدارة إذ إن الالتزامات المترتبة على عاتق المورد المتعاقد تتميز بأنها قابلة للتعديل من قبل الادارة وحدها، ويحق لها ايقاع الجزاءات على المتعاقد في حال قيامه بإخلاله بالتزاماته بل يجوز لها فسخ العقد دون استصدار حكم قضائي، وجدير بالذكر أن المتعاقد المورد مع الإدارة هو شخص يهدف إلى الربح بالإضافة إلى كونه يهدف إلى المساعدة في تسديد وتحديث المرفق العام، إن الإدارة تمارس في سبيل تنفيذ العقد جملة من الحقوق من ضمنها، حق الرقابة والتوجيه: في حال عدم نص العقد على حق الإدارة في الرقابة والتوجيه فإن الإدارة تملك حق توجيه التعليمات للمتعاقد معها للتحقق من مطابقة التنفيذ للشروط المتفق عليها سواء من الناحية الفنية أو من الناحية المالية، حتى أن للإدارة حق معاينة المعدات المعلوماتية، والبرامج والخدمات المعلوماتية في أدوار صنعها وتحضيرها وتجميع أجزائها نظراً لما تتمتع هذه المعدات والبرامج ، والخدمات المعلوماتية من حساسية عالية ودقيقة وارتفاع ثمنها، كما يحق للإدارة رفض استلام معدات أو برامج، أو خدمات معلوماتية، إذا كانت مخالفة بالشروط الفنية الموجودة في وثائق العقد (١).

---

(١) المحامي. منصور عبد العزيز، عقد التوريد المعلوماتي، مرجع سابق.

المبحث الثاني

حق المتعاقد في أن تحترم جهة الإدارة التزاماتها الناشئة عن العقد الإداري

تمهيد وتقسيم:

من الثابت أن للمتعاقد حق أصيل في أن تحترم جهة الإدارة التزاماتها التعاقدية، حيث أن العقد الإداري يولد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية يترتب على مخالفتها لها جزاء يكون من حق المتعاقد المطالبة بتوقيعه[1].

لا شك أن المتعاقد مع الإدارة يسعى من وراء تعاقده إلى تحقيق الربح، خاصة إذا كان شخصا من أشخاص القانون الخاص، وهو الغالب، ويقيم العقد الإداري نوعا من التوازن المالي بين مصالح طرفيه، ومن حق المتعاقد مع الإدارة إذا أختل هذا التوازن أن يطالب بالتعويض لإعادته إلى ما كان عليه، حتى يستطيع مواصلة تنفيذ العقد بطريقة لائقة، وهذا الحق معترف به دون حاجة إلى النص عليه صراحة في العقد ، ويتمتع المتعاقد مع الإدارة بعدد من الحقوق الناشئة عن العقد الإداري الذي يلتزم بتنفيذه، تتركز أساسا في حقين هما: حق اقتضاء المقابل المالي، وحق إعادة التوازن المالي للعقد، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: حق اقتضاء المقابل المالي

المطلب الثاني: حق إعادة التوازن المالي للعقد

---

(١) في هذا المعنى قررت المحكمة الإدارية العليا في حكم حديث لها بتاريخ ١٣ مارس ١٩٩٠" بأنه من المسلم به أن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن كافة العقود يولد التزامات تعاقدية يجب على الإدارة احترامها ، ويتعين لقيام مسئولية الإدارة توافر أركانها ، وهي الخطأ متمثلا في اخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية وتحقق الضرر وتوفر علاقة السببية بين الخطأ والضرر"

المطلب الأول

حق اقتضاء المقابل المالي

يسعى المتعاقد مع الإدارة لتحقيق مصالح مادية من وراء تعاقده تتمثل بالمقابل النقدي للسلع أو الخدمات التي قدمها للإدارة وفقاً لالتزاماته التعاقدية ، وتختلف طبيعة هذا المقابل باختلاف العقود الإدارية، ففي عقد الامتياز يتمثل بما يحصل عليه المتعاقد من رسوم تفرض على المنتفعين من خدمات المرفق ، أما في عقود التوريد والأشغال العامة، قد يكون بشكل الثمن الذي تدفعه الإدارة نظير السلع التي تم توريدها أو الأشغال التي تم تنفيذها، والقاعدة فيما يخص المقابل المادي تنص على أن لا يدفع إلا بعد إنتهاء تنفيذ العقد، وتسوية الحساب الختامي إلا في بعض الحالات التي تتعلق بطبيعة العقد الذي يتطلب تنفيذه مدة طويلة.

يعد الحق الأول والأساسي للمتعاقد مع الإدارة هو الحصول على المقابل المتفق عليه في العقد، وتختلف صورة هذا المقابل حسب نوع العقد الإداري، فهو الثمن في عقد التوريد، والرسم في عقد الامتياز........الخ، والغالب أن يستحق المقابل بعد تقديم الأداء من جانب المتعاقد، إلا أن الإدارة قد تدفع جانبا من هذا المقابل مقدما أو في أثناء التنفيذ، خاصة إذا كان هذا التنفيذ يتطلب كثيرا من النفقات ومتسعا من الوقت، وذلك لمساعدة المتعاقد معها على أداء، وقد نصت المادة ٢٢ مكررا من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م المضافة بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥م على أن " تلتزم الجهة المتعاقدة بأن تصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعا لتقدم العمل وفقا لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وذلك خلال ستين يوما من تاريخ تقديم المستخلص لها، تلتزم خلالها بمراجعته والوفاء بقيمة ما يتم اعتماده ، وإلا التزمت بأن تؤدي للمتعاقد تعويضا عادلا يعادل تكلفة التمويل لقيمة المستخلص المعتمد عن فترة التأخير، وفقا لسعر الإئتمان والخصم المعلن من البنك المركزي[1]".

---

(١) المادة (٢٢) مكررا المضافة بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥م بتعديل بعض أحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م.

والأصل أن المقابل المالي في العقد يتسم بطابع الاستقرار والثبات، لأن المتعاقد مع الإدارة يحدد عند التعاقد المقابل الذي يطلبه مقابل ما يقدمه للإدارة ويحقق به التوازن المالي للعقد، ولا يلتفت بعد ذلكإلى " تقلبات السوق أو العملة أو التعريفة الجمركية، وغيرها من المسائل المتوقع حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة.....فلا يجوز للمتعاقد المطالبة بفرق سعر مرجعه إلى زيادة سعر العملة عند مراحل التنفيذ، باعتبار أن ذلك يؤدي إلى زيادة أعباء الإدارة وإلى زيادة قيمة المقابل النقدي للعقد، وهو أمر غير جائز كأصل عام، ولا يتم الأخذ به إلا استثناء ، وبنص تعاقدي خاص قائم على الرضا المشترك لطرفي التعاقد [1].

غير أن انخفاض قيمة العملة المصرية والارتفاع المتزايد في أسعار السلع والخدمات ، دفع المشرع إلى التدخل للتخفيف من حدة هذه القاعدة، فأصدر القانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥م، فأضاف به إلى قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م مادة برقم ٢٢ مكررا (١)، فنص فيها على أنه " في العقود التي تكون مدة تنفيذها سنة فأكثر، تلتزم الجهة المتعاقدة في نهاية كل سنة تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقا للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر الاسناد المباشر، وذلك وفقا لمعاملات يحددها المقاول في عطائه ، ويتم التعاقد على أساسها، ويكون هذا التعديل ملزما للطرفين، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون معاملات تغيير الأسعار في الحالات المختلفة[2].

وكلمة المعاملات التي ذكرها المشرع كأساس للتعديل غير واضحة المدلول في هذا المجال ، فالمعاملات أصلا هي الصفقات والاتفاقات التي تبرم بين

---

(١) انظر، حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٣١ أغسطس ١٩٩٣م ، في الدعوى رقم ٢٥١٩ لسنة ٣٤ قضائية، وقد نصت المادة ٥٥/ ٦ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات صراحة على أنه " على مقدم العطاء أن يراعى في إعداد أسعاره كافة ما يتكبده من أعباء بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملة والتعريفة الجمركية، وغيرها من الضرائب والرسوم"

(٢) المادة (٢٢) مكررا (١) المضافة بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٥م بتعديل بعض أحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م.

الناس في تعاملاتهم ، كالبيع والايجار، فهل المقصود هو أن يتم التعديل وفقا لمستوى المعاملات التي تتم وقت التعديل، أم أن المقصود هو معدلات أو نسب الارتفاع أو الانخفاض في الأسعار حسب المتوقع من استقراء الأوضاع وعلاقة الاسعار بالزمن، وهذه المعدلات يوافق عليها الطرفان، إذ يحددها المقاول في عطائه، ويتم التعاقد على أساسها بعد أن تقبلها الإدارة بطبيعة الحال، ولعل هذا هو الأقرب إلى منطق الأمور، لأن التعديلات يجب أن تتم بناء على أسس معينة، وهذه الأسس يمكن أن تكون معدلات ارتفاع أو انخفاض مدروسة قياسا على ما حدث في السنوات السابقة [1].

حق المقابل المادي أو النقدي أو المالي، هو أهم حق للمتعاقد مع الإدارة، فالثمن أو الأجر أو الفائدة أو الرسم هو حصاد المتعاقد من الإدارة أو من المتفعين أو منهما معا "يتم حصول المتعاقد على المقابل النقدي إما بصورة كاملة بعد تنفيذ العقد أو بحصوله على جزء من المقابل كدفعة مقدمة ثم يحصل على الباقي كدفعات بحسب ما ينفذ من العقد[2]، والمقابل المادي قد يكون لا من الإدارة ولا من المتفعين وإنما بشكل أو بآخر (الإشهار بالنسبة لشركة تلفزيون من للوكسمبورغ[3].

ولأهمية المقابل المادي بالنسبة للمتعاقد، فان الإدارة تلتزم بأدائه فور تنفيذ العقد، بعد تحديد عناصره المتمثلة في الثمن المتفق عليه في العقد،مع الإضافة إلى قيمة الأعمال الإضافية المستجدة أثناء التنفيذ،أو قيمة الأعمال التغييرية [لا يمكن للمقاولة المتعاقدة مع الإدارة أن تتحمل وزر الإجراءات والشكليات الإدارية المعقدة من اجل الحصول على مستحقاتها المالية،مما يبرر الحكم لفائدتها بالتعويض عن الضرر اللاحق بها من جراء التأخر في الأداء[4].

---

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٧٥.

(٢) د .محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، ص ٩٥.

(٣) د. عبد الله حجاج، العقود الإدارية، مرجع سابق.

(٤) حكم عدد ٧٩٠ بتاريخ ٣٠ سبتمبر١٩٩٩م، المحكمة الإدارية بالرباط، مشار إليه في، د. عبد الله حجاج، العقود الإدارية، مرجع سابق.

وإذا ما انتقلنا بهذه المسألة القانونية إلى شبكة المعلومات الدولية، نجد أنه يمكن الوفاء بالثمن أو المقابل المالي في العقود الإدارية الإلكترونية عن طريق النقود الالكترونية، وتختلف صورة النقود الإلكترونية وأشكالها تبعاً للوسيلة التي يتم من خلالها تخزين القيمة النقدية، وكذلك وفقاً لحجم القيمة النقدية المخزونة على تلك الوسيلة التكنولوجية، فهناك إذاً معيارين لتمييز صور النقود الإلتكرونية: معيار الوسيلة ومعيار القيمة النقدية.

أولاً: معيار الوسيلة:

يمكن أن نقسم النقود الإلكترونية وفقاً للوسيلة المستخدمة لتخزين القيمة النقدية عليها إلى البطاقات سابقة الدفع، والقرص الصلب، وأخيراً الوسيلة المختلطة.

١ - البطاقات سابقة الدفع Prepaid Cards: ويتم بموجب هذه الوسيلة تخزين القيمة النقدية على شريحة إلكترونية مثبتة على بطاقة بلاستيكية، وتأخذ هذه البطاقات صوراً متعددة، وأبسط هذه الأشكال هي البطاقات التي يسجل عليها القيمة النقدية الأصلية والمبلغ الذي تم إنفاقه، ومن أمثلتها البطاقات الذكية **Smart Cards** المنتشرة في الولايات المتحدة الأمريكية، وبطاقة دانمونت سابقة الدفع **Danmnt Prepaid Cards**، والتي يتم تداولها بصورة شائعة في الدانمارك وهناك أيضاً بعض البطاقات التي تستخدم كنقود إلكترونية وتستعمل في ذات الوقت كبطاقات خصم **Debit Cards** مثل بطاقات **Cards Abant** المنتشرة في فنلندا، وهناك أخيراً بطاقات متعددة الأغراض، أي تستخدم في ذات الوقت كبطاقة خصم وكبطاقة تليفون وكبطاقة شخصية بالإضافة إلى كونها نقوداً إلكترونية[1].

٢ - القرص الصلب Hard Disk: ويتم تخزين النقود هنا على القرص

---

(١)

Th.Christian , K. Mogens, "Electronic Money", Danmarks National Bank Monetary Review, (1998),4th Quarter, P. 3.

الصلب للكمبيوتر الشخصي ليقوم الشخص باستخدامها متى يريد من خلال شبكة الإنترنت، ولهذا فإنه يطلق على هذا النوع من النقود أيضاً مسمى النقود الشبكية Money Network، وطبقاً لهذه الوسيلة، فإن مالك النقود الإلكترونية يقوم باستخدامها في شراء ما يرغب فيه من السلع والخدمات من خلال شبكة الإنترنت، على أن يتم خصم ثمن هذه السلع والخدمات في ذات الوقت من القيمة النقدية الإلكترونية المخزنة على ذاكرة الكمبيوتر الشخصي(١).

٣ - الوسيلة المختلطة: وتعد هذه الوسيلة خليطاً مركباً من الطريقتين السابقتين، حيث يتم بموجبها شحن القيمة النقدية الموجودة على بطاقة إلكترونية سابقة الدفع على ذاكرة الحاسب الآلي الذي يقوم بقراءتها وبثها عبر شبكة الإنترنت إلى الكمبيوتر الشخصي لبائع السلع والخدمات(٢).

ثانياً: معيار القيمة النقدية:

هناك تصنيف آخر للنقود الإلكترونية يرتكن على معيار حجم القيمة النقدية المخزنة على الوسيلة الإلكترونية (البطاقة البلاستيكية أو القرص الصلب)، ونستطيع أن نميز هنا بين شكلين من النقود الإلكترونية:

١ - بطاقات ذات قيمة نقدية ضعيفة TinyValue Cards وهي بطاقات صالحة للوفاء بأثمان السلع والخدمات والتي لا تتجاوز قيمتها دولاراً واحداً فقط.

٢ - بطاقات ذات قيمة متوسطة: وهي تلك التي تزيد قيمتها عن دولار ولكنها لا تتجاوز ١٠٠ دولار(٣).

لا يتعين علي أي تنظيم قانوني لموضوع النقود الإلكترونية فقط تحديد طبيعة

---

(١) Th.Christian , K. Mogens, "Electronic Money",Op.Cit.,p.3

(٢) Th.Christian , K. Mogens, "Electronic Money",Op.Cit.,p.3

(٣) Th.Christian , K. Mogens, "Electronic Money",Op.Cit.,p.3

أو شخصية تلك الجهة التي تتولى إصدارها وإنما عليه أيضاً أن يضع مجموعة من الضوابط التي تضمن في النهاية درء المخاطر الاقتصادية والقانونية التي من المتوقع حدوثها عند إصدار هذه النقود، تلك الضوابط قد تكون شكلية أي تتعلق بشكل وصياغة النصوص القانونية المنظمة لموضوع النقود الإلكترونية، وقد تكون موضوعية أي تتعلق سواء بالجهة المصدرة للنقود الإلكترونية أو لجهات رقابية على المؤسسات المصدرة لتلك النقود:

- **الضوابط الشكلية للتنظيم القانوني للنقود الإلكترونية:** لابد أن تتميز نصوص التنظيم القانوني المتعلق بالنقود الإلكترونية بالوضوح الشديد فيتعين على السلطة التشريعية أن تحدد بدقة مفهوم النقود الإلكترونية وتميزها عن وسائل الدفع الإلكترونية وعن البطاقات الإلكترونية ذات الغرض الواحد أو محدودة الأغراض، من ناحية أخرى، ومع الأخذ في الاعتبار الترتيبات التعاقدية التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف المختلفة المتعاملة بالنقود الإلكترونية، فإنه يجب على التشريع المتعلق بالنقود الإلكترونية أن يوضح بدقة التزامات وحقوق كل طرف في مواجهة الأطراف الأخرى، فالتزامات وحقوق مصدر النقود الإلكترونية والعملاء والتجار والأطراف الأخرى المستخدمة لهذه النقود يجب أن تتسم بالشفافية والوضوح. فيجب إذاً أن يكون من السهل على كل طرف أن يدرك ويعي مركزه القانوني وذلك من خلال مصطلحات قانونية واضحة وسهلة، كما يجب أن ينصب التنظيم التشريعي المقترح على توضيح الخسائر التي يمكن أن تلحق بكل طرف في حالة ما إذا أعلن إفلاس المؤسسة المصدرة للنقود الإلكترونية، بالإضافة إلى هذا، فإن التشريع المقترح يجب أن يوضح بصورة جلية ما إذا كانت ديون مصدر النقود الإلكترونية قد تم تغطيتها بضمان ودائع أو بضمانات أخرى تذكر في نفس التشريع، ويتعين عليه أيضاً أن يضع ترتيبات لحل المنازعات موضحاً بصفة خاصة آلية فض هذه المنازعات والهيئة أو المحكمة المختصة والقواعد الإجرائية التي يجب اتباعها وتطبيقها (مثل قواعد عبء الإثبات)، وكذلك فإن التعامل في النقود الإلكترونية قد يكون عابراً للحدود، وهنا فإنه يتعين على أي تشريع يتصدى لموضوع النقود

الإلكتروني: أن ينطوي على نصوص معالجة لتلك المشكلات التي يمكن أن تنشأ عن تشعب وتدويل آثار النقود الإلكترونية وذلك من خلال المسؤولية القانونية لكل طرف والمحكمة المختصة بنظر النزاعات التي تثيرها هذه النقود [1].

- **الضوابط الموضوعية للتنظيم القانوني للنقود الإلكترونية:** يتعين على أي تنظيم تشريعي للنقود الإلكترونية أي ينطوي على قيود تلتزم بها الجهة المصدرة لتلك النقود، تلك القيود ما هي إلا مجموعة من الضوابط التي تهدف إلى حماية الأطراف المتعاملة في النقود الإلكترونية وتحول دون استغلال مصدري النقود الإلكترونية لبقية الأطراف ومن أهم هذه الضوابط ما يلي:

١- خضوع المؤسسات المصدرة للنقود الإلكترونية للإشراف والرقابة الدقيقة:

إذا تولى البنك المركزي عملية إصدار النقود الإلكترونية، ففي هذه الحالة لن يكون هناك حاجة إلى إشراف من جهة أخرى حيث يعتبر البنك المركزي هو بنك الحكومة إلا أن الصعوبة تثور حينما يعهد بأمر إصدار هذه النقود إلى جهة مصرفية كالبنوك أو مؤسسات ائتمانية أو غير ائتمانية، في مثل هذه الحالات لابد من خضوع تلك الهيئات لإشراف دقيق ورقابة صارمة من قبل جهات حكومية متخصصة كالبنك المركزي مثلاً وذلك لتوقي ودرء المخاطر التي يمكن أن تنتج عن إصدار تلك المؤسسات للنقود الإلكترونية، وعلى الجهة الرقابية أن تتأكد بصفة خاصة من أن رأس مال المؤسسة المصدرة لا يقل عن مستوى معين وأن تقدم هذه المؤسسة ما يكفي من الضمانات المالية لتغطية أي مخاطر مالية متوقعاً حدوثها. كذلك يتعين على الجهات المصدرة أن تتبع سياسة إدارة قوية فيما يتعلق بالمخاطر الخاصة بأنشطة النقود الإلكترونية، ولقد اشترطت اللائحة الأوروبية المنظمة للنقود الإلكترونية لسنة ٢٠٠٠ على المؤسسة الائتمانية المصدرة لهذه النقود بألا يقل رأس مالها المبدئي عن مليون يورو (المادة ٤) كما لا يجب أن ينخفض هذا المبلغ عن هذا الحد في أي وقت من الأوقات، من ناحية أخرى،

---

(١)

European Central Bank (1998), "Report on Electronic Money", Frankfurt, Germany, August ،P23-24.

فقد نص هذا التشريع أيضاً على ضرورة احتفاظ مؤسسات النقود الإلكترونية دائماً بما يساوي أو يزيد على ٢٪ زيادة على المبلغ الكلي الممثل لحجم الخصوم المالية الحالية المتعلقة بالنقود الإلكترونية غير المدفوعة أو متوسط حجم هذه الخصوم في آخر ستة أشهر، وإذا لم يكن قد مر ستة أشهر على إنشاء المؤسسة المالية فيجب أن يتساوى هذا المبلغ أو يزيد عن ٢٪ زيادة على المبلغ الكلي لحجم الخصوم المالية المتعلقة بالنقود الإلكترونية غير المدفوعة المستخدمة خلال ستة أشهر ويستدل على هذا المبلغ من خلال الخطة المالية المقدمة من المؤسسة المصدرة إلى السلطة المختصة [١].

٢- ضرورة توافر ضوابط أمنية: على التشريع المتعلق بالنقود الإلكترونية أن يعالج المشكلات المالية المتوقع حدوثها مثل غسيل الأموال أو المسائل الأمنية، ولهذا فإن الاهتمام لا يجب أن ينصب فقط على الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية وإنما يجب أن يركز هذا التشريع أيضاً على أنواع وأشكال النقود الإلكترونية المقرر إصدارها[٢] ، فعلى سبيل المثال، يجب وضع حد أقصى لقيمة النقود الإلكترونية التي يسمح بالتعامل بها بين المستهلكين وتجار التجزئة ومن الممكن أيضاً أن يلتزم المشغلون Operators للنقود الإلكترونية برقابة الصفقات المبرمة، من ناحية أخرى، فإنه يتعين على المخططين للنقود الإلكترونية أن يوفروا وسائل للرقابة الأمنية تسمح باكتشاف النقود المزورة وأن تسمح باتخاذ الإجراءات الوقائية والعلاجية اللازمة في حالة ظهور مثل هذه المشكلات، يجب بصفة خاصة على القائمين بإصدار النقود الإلكترونية أن يكونوا قادرين على مراقبة مستوى وحجم مديونية المؤسسة من النقود الإلكترونية مقابل حجم ما تم إصداره من نقود، وعلى السلطات والجهات المتخصصة إجراء التدريبات

---

(١)

European Commission (1998), "Proposal for European Parliament and Council Directives on the taking up, the pursuit and the prudential supervision of the business of electronic money institution", Brussels, COM (98) ,p.2.

(٢)

Bank for International settlements (BIS), (1996), "Implication for central banks of the development of electronic money, Bassle, P. 9.

الكافية ووضع الترتيبات اللازمة لتقليل مخاطر التزييف والاحتيال في مجال النقود الإلكترونية، ويجب التوصل إلى طريقة يتم بها الاحتفاظ ببيانات خاصة عن كل صفقة والأطراف المبرمة لها وذلك عند استخدام النقود الإلكترونية، لابد أن يكون هناك مجاراة للتطور التكنولوجي فيما يخص تحديث الوسائل الأمنية الضرورية لمجابهة التحايل والتزوير وتزييف النقود الإلكترونية[1].

٣- التزام الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية بتقديم تقارير إحصائية نقدية بصفة دورية: كما سبق أن بينا، فإن إصدار النقود الإلكترونية قد يؤثر على السياسة النقدية من خلال تأثيرها على عرض النقود، وتحسباً لهذا فإنه من الضروري أن تقوم المؤسسات الائتمانية المسموح لها بإصدار النقود الإلكترونية بتقديم بيانات إحصائية دورية إلى السلطات النقدية المتخصصة كالبنك المركزي مثلاً وذلك من أجل رفع كفاءة السياسة النقدية، ويجب على هذه التقارير أن توضح حجم النقود الإلكترونية التي تم إصدارها أو المزمع إصدارها وذلك خلال فترة زمنية محددة [2].

وإذا ما تحققت هذه الضوابط الشكلية والموضوعية في النقود الإلكترونية بأنواعها، فإن ذلك لا يمنع من اعتمادها كوسيلة لاقتضاء المقابل المادي في العقود الإدارية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، إلا أن الأمر يتوقف على مدى القبول لهذه الوسيلة بين أطراف العقد بصفة خاصة، والمستهلكين والتجار بصفة عامة، لذا نحث المشرع على وضع قواعد صارمة فيما يتعلق بالجهة الم

---

(١) د. محمد إبراهيم محمود الشافعي، النقود الإلكترونية (ماهيتها، مخاطرها وتنظيمها القانوني)، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية محكّمة تصدرها أكاديمية شرطة دبي، السنة الثانية عشر، العدد الأول، يناير ٢٠٠٤، متاح على الموقع:

http://benasla.arabblogs.com/archive/2007/4/199045.html

(٢) د. محمد إبراهيم محمود الشافعي، النقود الإلكترونية (ماهيتها، مخاطرها وتنظيمها القانوني)، المرجع السابق.

بها أمر إصدار النقود الإلكترونية وكذلك حجم النقود المصدرة، كأن يعهد- مثلاً- إلى البنك المركزي أو إلى المؤسسات المصرفية بعملية الإصدار بشرط وضعها تحت إشراف حكومي[1].

كما يجب على السلطة التشريعية أن تضع تنظيماً قانونياً يتعلق بإصدار النقود الإلكترونية والتعامل بها، ويتعين أيضاً على هذا التنظيم أن يحتوي على حقوق والتزامات الأطراف المختلفة المتعاملة بالنقود الإلكترونية، ويجب صياغة هذا القانون بطريقة واضحة وأن توضح فيه مجموعة من الشروط والضمانات التي تكفل وتضمن مقدرة الجهة المصدرة لهذه النقود على إدارة المخاطر المختلفة الناشئة عنها، كما يجب على الدولة أن تضع برامج تأهيل وتدريب للعاملين في المصارف والبنوك العامة لإكسابهم الخبرات اللازمة للتعامل مع المشكلات المتعلقة بالنقود الإلكترونية وكيفية معالجتها[2] .

(١) د. محمد إبراهيم محمود الشافعي، النقود الإلكترونية (ماهيتها، مخاطرها وتنظيمها القانوني)، المرجع السابق.

(٢) د. محمد إبراهيم محمود الشافعي، النقود الإلكترونية (ماهيتها، مخاطرها وتنظيمها القانوني)، مرجع سابق.

المطلب الثاني

حق إعادة التوازن المالي للعقد

تعد إعادة التوازن المالي للعقد هو حالة العدل التي ارتضاها طرفي العقد يعني أن أي اختلال في هذا العدل يؤدي إلى التزام الإدارة بتعويض المتعاقد،أي انه حق من حقوقه،إما بناء على نصوص العقد أو بناء على القانون أو النظريات المعتمدة في تسيير المرفق العام، فالتوازن المالي للعقد يختل بسبب تعديل الإدارة له،أو بسبب إجراء من إجراءاتها يسوء لمركز المتعاقد (فعل الأمير)، أو بسبب ظروف طبيعية (الظروف الطارئة)، أو ظروف مادية (الصعوبات المادية غير المتوقعة)،أو بسبب أعمال المتعاقد التي تفقره وتثري الإدارة [1].

وتتميز نظرية العقد عموما بأنها تعبر عن حقوق والتزامات متبادلة بين طرفين،حيث يحاول كل طرف أن يحصل في مرحلة إبرام العقد على أكبر قدر من الحقوق ، وتحمل أقل قدر من الالتزامات، إلى أن يتوصلا إلى صيغة توافقية ترضي جميع الأطراف، ومن ثم يتم إبرام العقد في ظل هذا التوازن الذي يعبر عن الشريعة التي ارتضاها أطراف العقد[2].

وعلى الرغم من أن العقد الإداري يعبر عن هذه المصالح المتعارضة والحقوق والالتزامات المتعاقبة بين طرفيه والتي ارتضاها الأطراف، إلا أن العقد الإداري يتميز عن العقد المدني بصفة أساسية، وهي قابلية العقد للتعديل، بل وحتى الإنهاء بالإرادة المنفردة، وبالتالي فلا تخضع للمبدأ المهيمن على العقود المدنية الذي يقضي بثبات العقد، ويرجع السبب في ذلك إلى أن هدف الإدارة الرئيس في إبرام العقود الإدارية هو تحقيق المنفعة العامة لجمهور المنتفعين، وبالتالي تم التوصل إلى فكرة المرفق العام لأجل تحقيق هذه الغاية، والتي من

---

(١) د .محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، مرجع سابق، ص ٩٥.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص٨٧.

أجلها يبرر منح الإدارة عدداً من السلطات العامة الاستثنائية التي تمكنها من تحقيق هذه الغاية[١].

ويعد استعمال سلطة تعديل العقد وإنهائه بالإرادة المنفردة من شأنه أن يخل بالتوازن المالي للعقد بالوضع الذي كان عليه وقت انعقاده، كما أن الحكومة أو الإدارة باعتبارها السلطة التي تدير دفة الأمور في الدولة تملك سلطة اتخاذ القرارات سواء على الصعيد السياسي أو الاقتصادي أو التنفيذي، والتي قد تؤثر على الحقوق والالتزامات المخولة للمتعاقد معها كقيامها بالدخول في حرب مع دولة أخرى، أو قيامها بوقف التصدير أو وقف الاستيراد أو فرض الرسوم الجمركية والضرائب أو الإعفاء منها.....الخ، وكل ذلك من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد، مما يستدعي تدخل الإدارة لإعادة التوازن لهذا العقد، لا سيما أن المتعاقد معها غايته الأساسية هو تحقيق الربح، وليس إشباع الحاجات وتحقيق المنافع العامة، وهي أقصى ما تطمح إليها الإدارة من غايات[٢].

وعلى ذلك، فإن أي زيادة في أعباء المتعاقد نتيجة استخدام الإدارة لسلطتها في تعديل العقد، أو ظروف طارئة، أو وجود صعوبات مادية، من شأن ذلك أن يرتب حقا أساسيا للمتعاقد في تغطية تلك الأعباء على نحو يعيد التوازن المالي للعقد لحالته التي كان عليها عند بدء التعاقد[٣].

وهذا ما يعبر عنه، بصفة عامة بفكرة التوازن المالي للعقد أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته، وهي فكرة ملازمة لحق التعديل، وذلك إعمالا

---

(١) د. محمد مطر المطيري، الحقوق والالتزامات التبادلية لأطرف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية "BOT"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة طنطا، ٢٠٠٨م، ص١٨٥.

(٢)

Besançon(X.), Essai sur les contrats de travaux et de services publics, (Preface De Marceau Long),L.G.D.J. édition, juin 2000,p.138.

(٣)

Laurent(V.), l'equilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative, BRUYLANT édition, 2005,p.125.

لقواعد العدالة [1].

وقد أوضحت ذلك محكمة القضاء الإداري بقولها" ....أن الفقه والقضاء الإداري، قد خلق نظرية الظروف الطارئة ، ونظرية التوازن المالي للعقد الإداري، وغيرها من النظريات التي تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة، وبين المزايا التي ينتفع بها، على اعتبار أن العقد الإداري يكون في مجموعة كل كلا من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، وتعادل كفة الميزان بينهما، وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة، مع اختلاف مقدار التعويض، فتارة يكون التعويض كاملا ، وتارة يكون جزئيا، وأيا كانت الأسانيد التي قامت عليها هذه النظريات والقواعد، واختلاف الرأي في مبرراتها، فإنه لا شكفي أنها ترتد في الحقيقة إلى أصل واحد، وهو العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة.........، وإن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة ، وبين المزايا التي ينتفع بها اعتبارا بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلا من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة أعبائه المالية، فإنه ليس من العدل، ولا المصلحة العامة، أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء، بل يكون في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيسا على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد، فإذا ما انتهى تدخل الإدارة في العقد بالتعديل إلى الإخلال بهذه الحقوق، كما حددت عند إبرام العقد، فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه، كما أنه إذا كان حق الإدارة في التعديل أمراً يفترض قيامه في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد ، بحيث يكون للإدارة استعمال هذا الحق من غير أن ينص عليه في العقود، فإنه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد في أنه يقدر من جانبه هو أيضا أن جهة الإدارة ستعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل [2].

---

(1) د.محمد أنس جعفر، العقود الإدارية "، مرجع سابق، ص١٩٧.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٥٦م السنة ١١ قضائية ص٦٠٧.

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على أهمية المحافظة على التوازن المالي للعقد، حيث قضت في حكمها الصادر في ٩ يونيو ١٩٦٢م" بأن ارتفاع سعر الزئبق لا يعتبر قوة قاهرة، مانعة من تنفيذ التعهد بالتوريد، ولكنه يعتبر ظرفا طارئا لم يكن في الحسبان عند التعاقد، وقد ترتب عليه زيادة أعباء الشركة بتحميلها خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلال جسيما(١)، ثم قالت في حكمها الصادر في ١١ مايو ١٩٦٨ م" أن تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوزان المالي في العقد الإداري، تطبيقا لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية"(٢).

كما أكدت المادتان ١٢٩، ١٤٧ من القانون المدني المصري على أهمية تحقيق التوازن المالي للعقد، وقررت وجوب إعادة هذا التوازن إلى سيرته الأولي عند اختلالهعن طرق التعويض وإلا يجب أبطال العقد وفسخه(٣).

ويرجع اختلال التوازن المالي للعقد، وزيادة أعباء المتعاقد المالية إلى أسباب متعددة تحدث أثناء تنفيذ العقد:

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢١٥٠ الصادر في ٩ يونيو ١٩٦٢م، سنة ٧ قضائية، ص١٠٢٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٥٦٢ الصادر ١١ مايو ١٩٦٨م، السنة ١٣ قضائية، ص٨٧٤.

(٣) وتنص المادة ١٤٧ من القانون المدني على أن " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدي، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويق باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"

كما نصت المادة ١٢٩ على أنه " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر، وتبن أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر استغل فيه طيشا بينا، أو هوى جامح جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد"

١- فقد ترجع زيادة الأعباء إلى فعل المتعاقد نفسه لقيامه بأداء خدمات غير متفق عليها في العقد، ولكنها ضرورية أو مفيدة في تنفيذه [1].

٢- وقد يستحق المتعاقد التعويض لتعرضه أثناء تنفيذ العقد لصعوبات مادية إستثنائية غير متوقعة، وذلك كأن يظهر لمقاول الأشغال العامة، أن الأرض التي ينفذ التزاماته عليها ذات طبيعة استثنائية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، ويقوم التعويض في هذه الحالة على أساس القصد المشترك للمتعاقدين ، ولايغير من ذلك أن يتضمن الشرط المتعلق بالمقابل المالي في العقد" أيا كانت الصعوبات التي يمكن أن يواجهها المتعاقد مع الإدارة" [2] .

٣- وقد يعود الإخلال بالتوازن المالي للعقد إلى أفعال مشروعة من جانب الإدارة، أو إلى ظروف أخرى خارجة عن إردة المتعاقدين.

وتكفلت كل من نظرية فعل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة بحماية المتعاقد مع الإدارة في هاتين الحالتين عن طريق إعادة التوازن المالي للعقد ورفع الخلل الذي أصابه، كما لعبت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة دورا في نفس المجال، والتي سنلي شرحهم تباعا:

١- نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة:

- تتلخص نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في أنه إذا صادف المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته صعوبات مادية غير عادية، لم يكن بالإمكان توقعها عند التعاقد، فجعلت تنفيذ العقد مرهقا، كان من حقه المطالبة بتعويض كامل عن الأضرار المترتبة على هذه الصعوبات، وأساس هذه النظرية هو تحقيق العدالة بين طرفي العقد الإداري، والتوافق مع إرادتها المشتركة، وذلك على اعتبار أن الأسعار المتفق عليها، إنما تسري على الأعمال العادية المتوقعة فقط وفقا لإرادة المتعاقدين المشتركة، أما الأعمال غير العادية التي يواجه بها المتعاقد الصعوبات المادية الاستثنائية غير المتوقعة، فينبغي أن يعوض عنها ، وعن جميع الأضرار التي

---

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٧٦ .

(٢) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٧٦ .

ترتبت عليها تعويضا كاملا[1].

ويشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر الآتي:

أ- أن يتعلق الأمر بصعوبات وليست معنوية، وذلك كما إذا اكتشفت مقاول الأشغال العامة أن التركيب الجيولجي للأرض التي سيتعامل معها لا تتوافق مع الأشغال المارد إجراؤها عليها.

ب- أن تكون هذه الصعوبات استثنائية غير عادية، وليست مجرد صعوبات عادية أو يسيرة يمكن التغلب عليها بسهولة.

ت- أن تكون الصعوبات طارئة لم يكن بالإمكان توقعها عند التعاقد، فإذا كان في الوسع توقعها عند إبرام العقد ، فلا يعتد بها، وكذلك لا تطبق النظرية إذا اتفق الطرفان على مسئولية المقاول مسئولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه، سواء أكانت متوقعة أم غير متوقعة، مهما ترتب عليها من ارهاق المقاول[2] ، مادامت لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لالزام الإدارة بتحمل نصيب من الخسارة الفادحة التي اختلت بها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما[3] .

---

(١) د. ماجد راضب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٧٨ .

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣١١-١١ في ١٤ يونيو ١٩٦٩، ١٤-٣-١٠٣ - ٧٧٨.

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٠٠ لسنة ٣٤ في ١٩ مايو ١٩٩٢م ، ٣٧" فإذا نبهت الإدارة المتعاقد معها إلى صعوبات سيواجهها في تنفيذ العقد ، فإنها لا تسأل عما يصادفه من هذه الصعوبات في الحدود المعقولة ، حسب التقدير العادي للأمور وفقا للنية المشتركة للمتعاقدين ، أما ما جاوزت هذه الصعوبات الحدود المعقولة ، فإن الاعفاء من المسئولية عنها لا يكون مقصودا أو خطر بال المتعاقدين"، وقد جاء بأحد فتاوى مجلس الدولة المصري أنه " لا يصح القول بأنه كان ثمة اتفاق على عدم مسئولية هيئة قناة السويس عن تعويض الشركة عما تصادفه من صعوبة غير متوقعة ، كتلك التي صادفتها متمثلة في زيادة حجم التربة الصلبة أضعافا مضاعفة تجاوز كل ما كان مقدرا على أساس الاختبارات"، ذلك بأن هذا القول مردود بأن ما جاء في العقد في خصوص التنبيه إلى طبيعة التربة وما تحتويه من صخور صلبة ، يحمل على أنه قصد به عدم مساءلة الهيئة عما يصادفه من يعهد إليه بتنفيذ المشروع من عقبات بسبب =

ث- أن يترتب عليها زيادة في أعباء المتعاقد مع الإدارة بما يجاوز الأسعار المتفق عليها.

ويترتب على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، إذا توافرت شروطها أن يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا عن الأضرار المترتبة على هذه الصعوبات[٣].

٢- نظرية فعل الأمير:

يقصد بفعل الأمير كل عمل مشروع يصدر من السلطة التي أبرمت العقد، وينصب إما على ذات العقد أو على ظروف تنفيذه، فيؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، ويرتب له الحق في التعويض، وقد يظهر فعل الأمير في إجراء فردي يصدر بتعديل شروط العقد، أو نظام المرفق العام المتعلق به، كما قد يكون إجراء عاما، ولكنه يؤثر في موضوع العقد بتعديل الظروف التي وضعت في الاعتبار عند إبرامه، وذلك كما في حالة رفع أسعار السلع التي يستعملها المتعاقد في تنفيذ العقد أو رفع أجور العمال، أو زيادة الضرائب[٤].

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير التالي:

=

ذلك في الحدود المعقولة التي يصل إليها التقدير العادي للأمور مبنيا على الاختبارات والبحوث، أما ما جاوز هذه الحدود، مما يكون ثمة تسليم بأنه لم يكن ليخطر ببال أي من المتعاقدين، أو مما لم يكن في مقدور أحد أن يتكهن به عند التعاقد ، فإن تفسير العقد على أساس النية المشتركة للمتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات، يقتضي القول بأنه مما لم يتجه إليه قصد المتعاقدين ولم يكونا بتوقعاته............، لذلك فإن للشركة الحق في الرجوع على هيئة قناة السويس مطالبة بالمبالغ التي تعوضها عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة لما صادفته أثناء العملية المسندة إليها"ن انظر، الفتوى رقم ٩٥ في ٤ فبراير ١٩٦٤م، جلسة ٢٩ يناير ١٩٦٤م، ١٨-١٩-ص١٨٦.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٨٠.

(٤) د. ثروت بدوي المقدمة إلى جامعة باريس عام ١٩٥٤م، تحت عنوان "Le Fait du principe" ، مشار إليه ، د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٨١.

١- أن يتعلق الأمر بعقد إداري، فالنظرية لا تنطبق على عقود القانون الخاص ولو كانت الإدارة طرفا فيها.

٢- أن يصدر الفعل الضار أو الإجراء من السلطة الإدارية التي أبرمت العقد، أما إذا صدر هذا الإجراء من سلطة أخرى من سلطات الدولة كالسلطة التشريعية، مثلا، فإن القضاء الإداري لم يطبق النظرية إلا في حالات استثنائية نشأ فيها عن هذا الإجراء ضرر خاص للمتعاقد، ويفضل القضاء الآن في هذه الحالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذا توافرت شروطها الأخرى[1].

٣- أن ينشأ عن هذا الفعل ضرر للمتعاقد مع الإدارة ، لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة، ويتمثل هذا الضرر في زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، بما من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

٤- أن يكون الضرر الذي أصاب المتعاقد ضررا خاصا لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام، فلا تنطبق نظرية فعل الأمير، إذا نشأ الضرر عن قانون عام التطبيق يسري على عدد غير محدود من الأشخاص، ولما كان قانون العمل الذي تطلب الشركتان التعويض عما أصابهما من ضرر بسبب تطبيقه، هو قانونا عاما لا يسري على الشركتان وحدهما، وإنما يتناول عددا غير محدود من الأفراد والشركات والهيئات، فعلى مقتضى ما تقدم لا تستحق الشركتان تعويضا عما أصابهما من ضرر بسبب تطبيقه[2].

٥- أن يكون الإجراء المتخذ مشروعا، إذ أن الأمر هنا لا يتعلق بمسئولية من تقوم على أساس الخطأ، وإنما هي مسئولية عقدية بلا خطأ.

٦- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع.

---

(١) فتوى مجلس الدولة رقم ٧٥٤ في ١٣ يوليو ١٩٧١م، جلسة ١١ يوليو ١٩٧١م، ٢٥-١٤٤، ص٢٥٠.

(٢) فتوى مجلس الدولة رقم ٦٠٤ في ٢٠ يوليو ١٩٦٠ ، جلسة ١٥ يونيو ١٩٦٠م، ١٤، ١٥-١٢٧، ص٢٥٠.

يترتب على وجود فعل الأمير – بتوافر الشروط السابق بيانها– حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض الكامل الذي يشمل الخسائر التي تحملها والمكاسب التي فاتته، تماما كما في حالة إنهاء العقد قبل ميعاده، ويحق للمتعاقد كذلك أن يطلب فسخ العقد إذا قدر صعوبة الاستمرار في تنفيذه، ويقوم التعويض في هذه الحالة على أساس مسئولية الإدارة التعاقدية، رغم عدم وقوع خطأ منها اعتبارا لفكرة إعادة التوازن المالي للعقد ، وفي ذلك تفترق المسئولية التعاقدية في القانون الإداري عن نظريتها في القانون الخاص ، وهي تقوم على أساس الخطأ التعاقدي[1].

٣- نظرية الظروف الطارئة

يقصد بنظرية الظروف الطارئة أنه إذا استجدت أثناء تنفيذ العقد أمور خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ، ولم تكن متوقعة عند التعاقد، فترتب عليها أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد مع الإدارة، فإن الإدارة تلتزم ، أما بتعويضه جزئيا، وبصفة مؤقتة، وإما بتعديل شروط العقد للتلطيف من أثر هذه الظروف بما يسمح للمتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد دون إرهاق [2].

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة رهين بأن" تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف، سواء كانت طبيعية أو اقتصادية ، أو من جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة، أو من عمل إنسان آخر، لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد، ولا يملك لها دفعا، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما، ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي أحاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب ، ولا

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٨٣ .

(٢)) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٨٣ .

يكون له تعديل الالتزامات التعاقدية [1].

ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر الشروط الآتية:

١- أن يطرأ بعد التعاقد أمر لم يكن متوقعا عند إبرام العقد كحرب أو فتنة أو إضراب، وقد يتمثل هذا الأمر في إجراء عام تتخذه إحدى سلطات الدولة – غير الإدارة المتعاقدة- وذلك كالتشريعات التي من شأنها التي من شأنها أن تقلب الوضع الاقتصادي للعقد، كزيادة الرسوم الجمركية والتسعير الجبري وخفض قيمة العملة، ويعتبر ارتفاع أسعار الأصناف والمواد التي تعهد المورد بتوريدها ارتفاعا باهظا ظرفا طارئا لم يكن في الحسبان توقعه عند التعاقد، ما دام يترتب عليه زيادة أعباء المورد وتحميله خسائر فادحة إلى حد الاخلال بتوازن العقد إخلالا جسيما، ومقتضى تطبيق النظرية هو إلزام الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في هذه الخسائر ضمانا لتنفيذ العقد، ويستوي أن يحصل التنفيذ من المتعاقد نفسه، أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنه عند الشراء على حسابه[2].

٢- أن يخل الظرف الطارئ بالتوازن المالي للعقد إخلالا من شأنه أن يجعل تنفيذه مرهقا بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة، فمجرد الانتقاص من مقدار الربح لا يكفي، وإنما يجب أن يتعلق الأمر بخسارة غير يسيرة تهدد بالتوقف عن تنفيذ العقد[3]، فالظرف الطارئ يجعل تنفيذ العقد مرهقا وليس مستحيلا كالقوة القاهرة، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن" ارتفاع أسعار الزئبق لا يعتبر قوة قاهرة مانعة من تنفيذ التعهد بالتوريد، لكنه يعتبر ظرفا طارئا لم يكن في الحسبان عند التعاقد، وقد ترتب عليه زيادة أعباء الشركة بتحميلها خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالا جسيما [4].

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٥ نوفمبر ١٩٩٧م في الدعويين ٤٦٦٩، ٥٠٨٧ لسنة ٤١ قضائية.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٧٨٨ -٢٧ في ٢٤ يناير ١٩٨٤ ، ٢٩/ ٨٠، ص٥٠٥.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٨٥م، السنة القضائية ١١، ص٢٠٧.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢١٥٠ / ٦ في ٩ يونيو ١٩٦٢م، ٧/ ٩٦ ، ص١٠٢٤.

٣- ان يكون الظرف الطارئ أجنبيا عن المتعاقد مع الإدارة، وليس هناك ما يمنع من تطبيق النظرية، إذا كان هذا الظرف من فعل الإدارة المتعاقدة، وإن كان المتعاقد ليس له مصلحة في تطبيق هذه النظرية لامكان تطبيق نظرية أفعال الأمير، وهي لا شك أفضل بالنسبة للمتعاقد ، إذ يكفي لتطبيقها مجرد الإخلال بالتوازن المالي للعقد دون استلزام الخسارة المرهقة، كما أن التعويض فيها يشمل ما أصاب المتعاقد من ضرر وما فاته من كسب، وذلك بخلاف التعويض طبقا لنظرية الظروف الطارئة فهو جزئي ومؤقت[1].

٤- ويشترط لإمكان تطبيق هذه النظرية أن يستمر المتعاقد رغم الظرف الطارئ في تنفيذ العقد، وذلك حرصا على احترام مبدأ دوام سير المرافق العامة الذي من أجله أقام القضاء نظرية الظروف الطارئة نفسها، فليس مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة – بعد توافر شروطها- أن يمتنع المتعاقد فورا عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، وإنما له أن يدعو الإدارة المتعاقدة لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي نزلت به بسبب تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة ، فإذا رفضت الإدارة كان له الالتجاء إلى القضاء الذي يقتصر دوره على إلزام الإدارة بالتعويض المناسب [2].

وللقضاء الإداري في حالة توافر شروط نظرية الظروف الطارئة أن يحكم للمتعاقد مع الإدارة بالتعويض، إلا أن التعويض في هذه الحالة ليس كاملا يشمل كل ما أصاب المتعاقد من خسارة، وكا ما فاته من كسب، كما هو الحال في نظرية فعل الأمير، وإنما هو تعويض جزئي تتحمل الإدارة بمقتضاه جانبا فقط من الخسارة التي لحقت بالمتعاقد بسبب الظروف الطارئة[3].

---

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٨٧ .

(٢) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢٥٤١- ٢٩ في ٣٠ نوفمبر ١٩٨٥ ، ٣١/ ٦١، ص٢٤٩.

(٣) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨، السنة القضائية ١٣٢، ص٨٧٤.

٤- نظرية القوة القاهرة

تتمثل القوة القاهرة في حدث خارجي مستقل عن إرادة المتعاقدين يحول دون تنفيذ العقد المبرم بينهما، فيؤدي إلى إعفاء المتعاقد من التزامه، ويشترط لتطبيق نظرية القوة القاهرة التالي:

أ- ألا يكون لإرادة المتعاقد أي دخل في نشأة الحدث المكون للقوة القاهرة.

ب- ألا يكون الفعل المكون للقوة القاهرة موقعا أو يمكن توقعه، ويؤكد مجلس الدولة الفرنسي أن الصعوبات المترتبة على الحرب تعد من الأمور التي يمكن توقعها[1].

ت- أن تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ العقد، وليس إلى مجرد إثارة عقبات يمكن التغلب عليها ولو بصعوبة.

وقد استبعد مجلس الدولة الفرنسي تطبيق القوة القاهرة بالنسبة لعقبات تنفيذ العقود الناشئة عن الإضراب، وذلك استنادا إلى اعتبارات متعددة، منها أن المتعاقد كان بوسعه أن يتخذ اللازم لمنع وقوع الاضراب، ومنها أن الاضراب كان من الممكن – منطقيا- توقعه، ومنها أن المتعاقد كان باستطاعته توفير الأيدي العاملة البديلة[2].

ويترتب على توافر شروط القوة القاهرة تحرير المتعاقد مع الإدارة من التزامه بتنفيذ العقد، وهذا يتضمن إعفاءه من مسئوليته التعاقدية ، وحرمان الإدارة من حق توقيع جزاءات عدم التنفيذ عليه، ويجوز للمتعاقد – فضلا عن ذلك- أن يطلب فسخ العقد، غير أن القوة القاهرة لا ترتب أثارها إلا في وقت قيامها، فإذا انتهت عاد التزام المتعاقد مع الإدارة للظهور من جديد[1].

ولا تختلف هذه المسائل القانونية التي تعيد التوازن المالي في العقود الإدارية

---

(١) C.E.5 Janv., 1924,Comp.Gaz la Ferté- Milon.,p.18.

(٢) Laubadere (D.) ،Claude Venezia (J.) ، Gaudemet (Y.), Traité de droit administratif,، Op.Cit.p.654.

عنها في عقد الإداري المبرم عبر شبكة المعلومات الدولية، حيث أن الظروف الطارئة والقوة القاهرة وغيرها من هذه النظريات أمر وارد حدوثه في العقود الادارية الإلكترونية، كما أنه من الممكن حدوثه في العقود الإدارية التقليدية، إلا إن طبيعة هذه الظروف وتلك القوة تختلف ما بين هذين العقدين، في حالة ما إذا كان محل العقد الإداري المبرم عبر شبكة المعلومات الدولية شيء معنوي غير ملموس، مثل أن يكون محل المناقصة أو المزايدة الإلكترونية هي مجموعة برامج، أو معلومات، أو خدمات إلكترونية يتم تحميلها مباشرة على شبكة الانترنت" Internet"، فمثل هذه الحالة إن طبيعة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، ستختلف، حيث ستتمثل هذه الأخيرة مثلا – في هذه الحالة- في عطل في الشبكة أو مورد الخدمات أو بنك المعلومات، لم يتمكن معها من تنفيذ محل العقد، أو إلغاء بوتوكول مثلا للإمداد بالمعلومات أو الخدمات الإلكترونية أو البرامج لأحد الشركات كضرب من ضروب القوة القاهرة ، مما لم يتمكن معها من تنفيذ العقد، ولكن إذا كان محل العقد الإداري المبرم عبر شبكة المعلومات الدولية شيء مادي ملموس مثله مثل أي شيء في العقد الإداري التقليدي، فلا تختلف تلك المسائل القانونية- السابق الحديث عنها- التي تعيد التوازن المالي في العقد الإداري التقليدي عنها في الإلكتروني، حيث إن إتمام مرحلة إبرام العقد عبر شبكة الإنترنت، دون مرحلة التنفيذ، لن يغير من مضمون النظريات السابق الإشارة إليها ولا آثارها على إعادة التوازن المالي للعقد.

المبحث الثالث

حق المتعاقد في أن تحترم جهة الإدارة التزاماتها الناشئة عن العقد الإداري الالكتروني

تمهيد وتقسيم:

يملك المتعاقد حق أصيل في أن تحترم جهة الإدارة التزاماتها التعاقدية، حيث أن العقد الإداري يولد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية يترتب على مخالفتها لها جزاء يكون من حق المتعاقد المطالبة بتوقيعه، وسوف نتناول فيما يلي لمدى التزام جهة الإدارة بالعقد الإداري، وجزاء مخالفتها لالتزاماتها التعاقدية، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: مدى التزام جهة الإدارة بالعقد الإداري

المطلب الثاني: جزاء مخالفة جهة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية

المطلب الأول

مدى التزام جهة الإدارة بالعقد الإداري

تتمتع جهة الإدارة بسلطة تعديل بعض شروط العقد الإداري بلإرادتها المنفردة، حيث تملك التحكم في بعض التزامات المتعاقد معها بالنقص أو الزيادة، فهل معنى ذلك أن العقد الإداري يلزم الأفراد ولا يلزم الإدارة؟.

رغم تمتع العقد الإداري بخصائص ذاتية تميزه من أوجه عديدة عن العقد المدني، فإن هذا لا يتعارض البتة مع ما يتمتع به العقد الإداري من قوة ملزمة بوصفه عقدا رضائيا يستند إلى توافق الإرادتين في المقام الأول، وإذا كانت جهة الإدارة تتمته بسلطة تعديل بعض التزامات المتعاقد معها في أحوال معينة، فإن سلطتها في هذا الشأن ليست مطلقة ، فهي سلطة محدودة بضوابط معينة، وتمارس بقصد تحقيق أهداف مخصصة، وبناء عليه، فإن القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا لم يسلم لجهة الإدارة بتلك السلطة الخطيرة، ألا بقصد تمكينها من تحوير العقود بما يجعله ملائما لاعتبارات النفع العام[1].

وعلى ذلك، فإن سلطة التعديل المنفرد التي تتمتع بها الإدارة لا تعني بأي حال من الأحوال عدم التزام جهة الإدارة بعقودها، فالعقد الإداري هو عقد ملزم للجانبين يولد في ذمة الإدارة التزامات معينة [2]، ومن أبرز تلك الالتزامات ما يلي:

أولا: التزام الإدارة بالعمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه:

يجب على جهة الإدارة في هذا الشأن العمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه من السلطة المختصة، مع مراعاة طبيعة العقد، ذلك لأن من عقود الإدارة ما لا تلتزم بتنفيذه بعد إبرامه ، إلا إذا رأت الصالح العام يقتضي هذا التنفيذ، كما هو الشأن في عقد طلب تقديم المعاونة، وعلى ذلك لا يحق للإدارة أن تفسخ العقد

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٢٨.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٢٩.

لمجرد التنصل مما يفرضه عليها من التزامات وإلا تعرضت للمسئولية التعاقدية.

ثانيا: التزام الإدارة باحترام كافة الشروط الواردة بالعقد:

تلتزم جهة الإدارة عند تنفيذ العقد الإداري باحترام كافة الشرو "الواردة بهلا فيها يتعلق بالالتزامات الأصلية فقط، ولكن فيها يتعلق بكافة الالتزامات، وفي هذا المعنى قررت المحكمة الإدارية العليا، أنه طبقا لما تقضي به المادة ١٤٨ من القانون المدني ينبغي تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، وهذا مبدأ مسلم به في مجالات روابط القانون العام كما هو الشأن في مجالات روابط القانون الخاص، ومقتضى ذلك هو التزام جهة الإدارة بأن تسلم المدعي الأصناف التي كانت محلا للتعاقد جميعها بالحالة التي كانت عليها وقت انعقاد العقد، ومتى كان الثابت أن الأصناف المبيعة قد حددت مواصفاتها ومقاديرها في العقد الذي انعقد بقبول المصلحة العرض الذي تقدم به المدعي، فإن الإدارة تسأل عن كل نقص في مقاديرها، بحسب ما يقضي به العرف الجاري عليه العمل في المعاملات[1].

ومن أبرز الشروط التي ينبغي على الإدارة احترامها في هذا الصدد شرط عدم المنافسة في عقود الامتياز[2] إلا إذا تغيرت الظروف وتطلبت مقتضيات الصالح العام خروج الإدارة على هذا الشرط، كما في حالة تغيير الوسيلة الفنية في اشباع الخدمة العامة، كاستعمال الكهرباء في الإضاءة بدل الغاز، أو الأتوبيس محل الالتزام[3].

ثالثا: التزام الإدارة باحترام مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد:

من الثابت أن العقد الإداري يعد رابطة قانونية أساسها حسن النية، ومن مقتضيات حسن النية في مجال تنفيذ العقد الإداري أن تحترم جهة الإدارة كافة التزاماتها الناشئة عن العقد وتنفذها بطريقة سليمة[4]، في هذا المعنى تقرر

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في ١١ أبريل ١٩٧٠، السنة القضائية ١٥، ص٢٦٥

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في ١١ مارس ١٩٥٦ السنة القضائية ١٠ ص٢٣٩

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٥١٤.

(٤)
De Laubadére (A.), les contrats administratif, Tôme 2,1956, L.G.D.j.édition,p.186.

المحكمة الإدارية العليا ... العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون، يقضي بأن تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، وهذا الأصل يطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية، فإذا ثبت أن البضاعة الموردة تتفق مع المواصفات في التركيب وأن الشوائب اللاحقة بها لا تؤثر على صلاحيتها للاستعمال، فلم يكن ثمة ما يحول دون قبول هذه الكميات الموردة[1].

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى حقيقة جوهرية وهي أن احترام الإدارة لمقتضيات حسن النية في مجال تنفيذ العقد الإداري، لا يعني بأي حال استبعاد فكرة الخصائص الذاتية للعقود الإدارية من هذا المجال، فكما أوضحنا فيما سبق، أن العقد الإداري يبرم من أجل تسيير مرفق عام يؤدي خدمات للمنتفعين ، وهذا يؤثر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على حقوق المتعاقد التي يستمدها من العقد الإداري[2].

وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط التي تنشأ عن العقد الإداري، وينبني على هذه الفكرة، أن للإدارة سلطة انهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه، كما أن لها

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٠ إبريل ١٩٥٧م " العقود الاداريه تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة .... ويترتب على ذلك أن للاداره سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود وان لها دائما" حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها انه أكثر اتفاقا" مع الصالح العام ... كما يترتب عليها كذلك أن للاداره دائما" سلطة إنهاء العقد ، إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام ، وليس للطرف الأخر إلا الحق في التعويضات أن كان لها وجه على خلاف الأصل في العقود المدنية .... وبتطبيق هذا المبدأ على القضية المعروضة استطردت قائله ... فإذا ثبت أن البويه المتعاقد عليها مع احد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحه للغرض المتعاقد من اجله عليها بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود ، فللاداره أن تتحلل من تعاقدها ، وتعمل سلطتها العامة في إنهاء العقد ، مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر ...)

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٣٢.

سلطة تعديل العقد بحيث لايصل التعديل إلى الحد الذي يخل بتوازنه المالي وإلا كان للطرف الآخر في هذه الحالة التمسك باعتبار العقد مفسوخا والمطالبة بالتعويضات إن كان لها وجه كذلك"[1].

وهذا وتعد فكرة حسن النية من الأمور الموضوعية التي تخضع لرقابة القضاء، والتي يتأثر فيها القاضي بالظروف والملابسات التي تصادف العقد في أثناء تنفيذه ، حيث يقدر القاضي مدى الجهد المبذول من جانب الإدارة في سبيل الوفاء بالتزاماتها التعاقدية آخذا في الاعتبار الظروف التي قد تحول بينها وبين هذا الوفاء كحالة الحرب مثلا، حيث كثير من أحكام القضاء يلتمس فيها القاضي العذر لجهة الإدارة، حيث أنها بذلت أقصى جهد من جانبها في سبيل أداء التزاماتها التعاقدية، وأن ظروف قاهرة قد حالت بينها وبين التنفيذ[2].

رابعا: التزام الإدارة بتنفيذ العقد بأكمله:

لا يقف التزام الإدارة عند حد احترام شروط العقد ومراعاة حسن النية في تنفيذه، وإنما تلتزم أيضا بتنفيذ موضوع العقد بأكمله، فالأصل أن تنفذ الإدارة العقد كله، وإذا كان لها الحق في أن تنقص الكمية المتعاقدة عليها، أو تزيد فيها إعمالا لسلطتها المنفردة في تعديل التزامات المتعاقد معها، فإن ذلك منوط بتوافر الشروط والتحفظات [3].

أما فيما عداها،فأنه من اللازم أن تمكن الإدارة المتعاقد من تنفيذ التزاماتها بتمامها، وتطبيقا للمبدأ السابق، لا يجوز للإدارة بغير خطأ أو تقصير من المتعاقد، أن تسحب جزءا من العملية لتعهد به إلى متعهد آخر، أو أن تنفذ العمل بنفسها فتحول بذلك بين المتعاقد وبين تنفيذ التزاماته التعاقدية[4].

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في ١١ أبريل ١٩٧٠،السابق الإشارة إليه.

(٢) De Laubadére (A.), les contrats administratif,Op.Cit.,p.187.

(٣) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٣٤

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا١٨ يناير ١٩٨٩م، السنة القضائية ٣١ ، ص٢٣٣

وكذلك لا يحق للإدارة أن توقف تنفيذ العقد، فترفض مثلا تسلم باقي البضائع المتفق على توريدها، أو توقف العمل في المشروع المتفق على تنفيذه، ولو لم تنفذ بنفسها أو تعهد به إلى غير المتعاقد[1]

خامسا: التزام الإدارة باحترام المدد المقررة للتنفيذ في العقد الإداري:

ويعد من الالتزامات التي ينبغي على الإدارة مراعاتها أيضا في هذا الشأن التزامها باحترام المدد المقررة للتنفيذ في العقد الإداري، وإذا كان الأصل أن المدد المقررة في العقود الإدارية يقصد بها عادة المتعاقد مع الإدارة، باعتبار أن احترام مدة التنفيذ في العقد الإداري أساس جوهري يحكم التزامات المتعاقد ، فإنه يحدث أن ينص العقد صراحة على أن المدة ملزمة للإدارة، كما هي ملزمة للمتعاقد، حيث يتعين على الإدارة احترام المدد المحددة للتنفيذ[2].

ولا يوجد ثمة اختلاف في هذه الالتزامات بين العقود الإدارية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، والعقود الإدارية التقليدية، حيث أن التزام الإدارة بالعمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه، واحترام كافة الشروط الواردة فيه، وأيضاً احترام كافة مقتضيات حسن النية في تنفيذه، أوتنفيذه بأكمله، واحترام المدد المقررة للتنفيذ، هي نفسها الالتزامات الواجبة على الإدارة في العقد الإداري الالكتروني، فلا تتباين تلك الالتزامات بمجرد أن طريقة الابرام قد تغيرت من الورقية إلى الإلكترونية، فالمبادئ المستقر عليها في العقود الإدارية، والتي من ضمنها ما على الإدارة من التزامات- السابق ذكرها- لا تتغير مهما تغيرت طرق وأساليب إبرام العقود الإدارية.

ولا يؤثر إتمام مرحلتي الابرام والتنفيذ عبر شبكة المعلومات الدولية- أي أن تنفيذ العقد وإبرامه تم على الشبكة مباشرة " online "- على الالتزامات السابق الاشارة إليها، بل على العكس، ممكن أن يزيد من التزامات الإدارة ، مثل أن يكون محل المناقصة أو المزايدة أو الممارسة " برامج أو معلومات"، حيث

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٥١٥.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٣٥.

يكلف تنفيذها في هذه الحالة الإدارة بالتزام إضافي وهو التزام ضمان التنفيذ، حيث أن تسليم هذه الأشياء على الانترنت يحمل شيء من المخاطرة ، بشكل الذي يفرض على أطراف العقد المطالبة بضمانات إضافية لتنفيذ التزامات الاطراف.

المطلب الثاني

جزاء مخالفة جهة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية

يوقع على الإدارة جزاء نتيجة تقصيرها في الوفاء بالتزاماتها الناشئة عن العقد الإداري، ولكن هذا الجزاء يخضع لنظام قانوني يختلف عن النظام الخاص بمجازاة المتعاقد من جهة الإدارة، فالجزاءات التي يمكن أن توقع على الإدارة تنحصر في صورتين، الأولى: تعويض المتعاقد عن الأضرار التي تصيبه من خطأ الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، والثانية فسخ العقد بناء على طلب المتعاقد نتيجة خطأ الإدارة الجسيم في تنفيذ التزاماتها.

أولا: التعويض:

يعد التعويض الجزاء الأصيل في مجال مسئولية الإدارة التعاقدية، وهو على هذا النحو يتفق مع الهدف الذي يسعى إليه المتعاقد من إبرام العقد الإداري، فالمتعاقد هو فرد يسعى إلى تحقيق الربح في المقام الأول، وعلى ذلك فإن تعويضه عما يلحقه من خسائر مادية بسبب خطأ الإدارة يكون دائما الهدف الذي يبتغيه القاضي من الحكم على الإدارة بالتعويض، ويقدر التعويض على الأسس المدنية باعتبارها تمثل القواعد العامة، حيث يقدر التعويض استنادا لدرجة الضرر الذي يصيب المتعاقد مع مراعاة دور كل من طرفي الرابطة العقدية في ارتكاب الخطأ، بحيث إذا كان الخطأ مشتركا تحمل كل من الطرفين نصيبه فيه[1].

وإذا كان المتعاقد يستحق دائما تعويضا عن الأضرار التي تصيبه نتيجة مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية ، فإنه فيما يتعلق بعبء اثبات هذا الضرر يميز بين حالتين في هذا الصدد:

الحالة الأولى: تتعلق بمخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية على نحو مشوب بالتدليس، في هذه الحالة يكون عبء إثبات الضرر من جانب المتعاقد أمرا سهلا وميسورا خاصة، إذا كان العقد يتضمن شرطا يواجه هذه الحالة حيث يعتبر

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ٣١ ديسمبر ١٩٦٦م، السنة القضائية (١٢)، ص٢٥٩..

عدم الوفاء من جانب الإدارة لالتزاماتها على النحو السابق قد أصاب المتعاقد بضرر.

الحالة الثانية: وهي مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية إعمالا لسلطتها المشروعة في تعديل العقد، في هذه الحالة يتشدد القاضي في إثبات الضرر الذي أصاب المتعاقد نتيجة إجراء التعديلات المشروعة، حيث يرفض القاضي الحكم بالتعويض إا تبين له أن الدليل الذي يتند إليه المتعاقد غير منتج في إثبات الضرر الذي أصابه[1].

ثانيا: **الفسخ:**

يعد فسخ العقد لخطأ الإدارة أخطر الجزاءات التي يمكن التي يمكن توقيعها على جهة الإدارة المقصرة في الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، وعلى ذلك فإن القضاء الإداري لا يحكم به عادة إلا لخطأ جسيم ترتكبه الإدارة، ونعرض فيما يلي لأسباب الفسخ، ونتائجه:

أ- **أسباب الفسخ:**

تتمثل الأسباب المبررة للفسخ في وجود خطأ عقدي جسيم من جانب الإدارة في تنفي التزاماتها التعاقدية، ويقدر قاضي العقد درجة جسامة مخالفة الإدارة لالتزاماتها في هذا الصدد، حيث لا يحكم بالفسخ إلا لأسباب في منتهى الجدية [2].

ومن تطبيقات قضاء مجلس الدولة الفرنسي في مجال الأخطاء المبررة لفسخ العقد، عدول الإدارة دون سبب معقول عن المشروع موضوع التعاقد، وتأخر الإدارة تأخرا ملحوظا في البدء في تنفيذ العقد، وبالنظر لخطورة الفسخ كجزاء يمكن أن تتعرض له الإدارة، فإن المجلس يتطلب أن يكون تأخر الإدارة

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤٠.

(٢)

De I.aubadére (A.), les contrats administratif,Op.Cit.,p.١٩٧.

خطير، وعلى نحو يجاوز القدر المعقول الي يتفق والنية المشتركة للطرفين، وعلى ذلك فقد يرفض مجلس الدولة الفرنسي فسخ العقد مع أن الإدارة تأخرت نحو خمس سنوات في بعض الحالات التي قدر فيها أن التأخر من جانب الإدارة في الوفاء بالتزاماتها لا يكون مبررا للفسخ، وإن كان يسمح للمتعاقد بالحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء ها التأخير[1].

ب- **نتائج الفسخ: يترتب على الحكم بفسخ العقد نتيجتان رئيستان:**

الأولي: هي نهاية العقد، ويرتد أثر الحكم في ها الصدد إلى تاريخ رفع الدعوى رغم التزام المتعاقد طالب الفسخ بالاستمرار في التنفيذ، فإن المتعاقد يمتنع عليه التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الإدارة المقصرة في الوفاء بالتزاماتها، وذلك مراعاة لاعتبارات النفع العام وصالح المرفق، وبناء عليه فإن المتعاقد يمتنع عليه التمسك بالدفع بعد التنفيذ في مواجهة الإدارة المقصرة في الوفاء بالتزاماتها، وذلك مراعاة لاعتبا. ات النفع العام وصالح المرفق، وبناء عليه فإن المتعاقد يستمر في التنفيذ إلى أن يصدر الحكم بفسخ العقد وإلا تعرض للمسئولية[2].

الثانية: استحقاق المتعاقد التعويض، والتعويض في هذه الحالة تعويض كامل يغطي كافة ما يلحق المتعاقد من خسارة، وما يفوته من كسب بسبب فسخ العقد، مع مراعاة ما يكون المتعاقد قد نفذه في المدة ما بين رفع الدعوى وما بين صدور الحكم بالفسخ ، ويقدر التعويض في التاريخ الذي ينطق فيه القاضي بالحكم، وقد يضاف إلى مبلغ التعويض فوائد التأخير، إذا كان المبلغ المحكوم به معين المقدار وفقا للقواعد المدنية المقررة في هذا الشأن[3].

ولا تختلف هذه الجزاءات السابق الإشارة إليها، إذا كانت العقود الإدارية مبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، حيث أن الجزاء الذي يوقع على الإدارة من

---

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٤١.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٤٢.

(٣) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص٢٤٣.

تعويض أو فسخ، لا يتغير لمجرد أن المناقصة أو المزايدة -مثلا- أبرمت عبر شبكة الانترنت، فكما سبق أن ذكرنا هناك بعض المبادئ المستقر عليها، التي لا تتغير لمجرد أن العقد تغيرت طريقة إبرامه من الشكل الورقي إلى الشكل الإلكتروني.

المبحث الرابع

الشروط اللازم توافرها في استحالة تنفيذ العقد الإداري الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

يستوي في استحالة تنفيذ العقد الإداري أن تكون الاستحالة مادية- كما إذا هلك محل الالتزام -، أو تكون معنوية- كما إذا حظر القانون التعامل في نوعية محل الالتزام، فلا يكفي أن يصبح تنفيذ التزام المتعاقد مع الإدارة مرهقا له، لكي يعفي من مسئولية التنفيذ(1)

لابد من توافر شروط معينة في استحالة تنفيذ العقد الإداري وهي " لأن يكون هناك حادث مفاجئ غير متوقع، ويستحيل دفعه بأي وسيلة من الوسائل"، وذلك ما سوف نلي شرحه تباعافي المطلبين التاليين:

المطلب الأول: حادث مفاجئ غير متوقع

المطلب الثاني: استحالة دفع الحادث المفاجئ

---

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص147.

المطلب الأول
حادث مفاجئ غير متوقع

يعرف الحادث المفاجئ غير المتوقع: بأنه أمر غير متوقع يستحيل معه تنفيذ العقد، فإذا أمكن توقع الحادث حتى لوا ستحال دفعه......... لم يكن قوة قاهرة ولا يترتب عليه إعفاء المدين من التزامه، والذي يبين من الإطلاع على عقد الأشغال العامة المبرم بين المدعي والإدارة المدعى عليها، أن العمل يجرى في منطقة أثرية، وأنه كان من الأمور المتوقعة عند إبرام العقد توقف العمل فيه لوجود آثار في الموقع، ويترتب على ذلك أن تدخل مصلحة الآثار وإيقاف العمل كان أمرا متوقعا، ولذلك فلا يعتبر هذا العمل سببا أجنبيا أو قوة قاهرة يترتب عليها أن يتحلل المدعي عليهم من التزاماتهم، بتمكين المدعي من المضي في تنفيذ العمل المتفق عليه.......... "[1].

تتفق القوة القاهرة والظرف الطارئ في أن كليهما غير متوقعين، إلا أن الأولي تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد، والثانية تستتبع صعوبة التنفيذ، فارتفاع الأسعار لا تدخل في إطار القوة القاهرة، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " ارتفاع أسعار الزئبق لا يعتبر قوة قاهرة مانعة من تنفيذ عقد التوريد، ولكنه يعتبر ظرفا طارئا لم يكن في الحسبان عند التعاقد، وقد ترتب عليه زيادة أعباء الشركة بتحميلها خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالا جسيما[2].

ومما لا شك فيه، أن الحادث المفاجئ غير المتوقع ممكن حدوثه في العقود الإدارية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، فإذا ما كان محل العقد الإداري المبرم عبر هذه الشبكة – على سبيل المثال مناقصة أو مزايدة إلكترونية- مجموعة من البرامج أو المعلومات ، وحدث أن الشركة الموردة للبرامج، أو البنك الذي يورد المعلومات تعطلت بشكل كلي بسبب قطع كابل، أو احتراق أو تعطل اللوحات الالكترونية بسبب صاعقة جوية، أو إعصار مدمر، وهذه اللوحات وتلك الكابلات مسئولة عن نقل هذه المعلومات أو تلك البرامج، فإن ذلك يعد من قبيل الحادث المفاجئ الغير المتوقع، والذي أثر بشكل مباشر على تنفيذ العقد الإداري عبر شبكة المعلومات الدولية، وجعل من تنفيذه مستحيلا.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا ١٣٢٠، ١٣٤٠/ ١٢ في ١٥ فبراير ١٩٦٩، ١٤ / ٤٨، ص٣٧٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا ٢١٥٠/٦ في ٩ يونيو ١٩٦٢، ٧/ ٩٦، ص١٠٢٤.

المطلب الثاني
استحالة دفع الحادث المفاجئ

يجب أن يكون الحادث المفاجئ مستحيل الدفع، أي لا يستطيع المدين دفعه، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " عدم وفاء المدين بالتزامه يرجع إلى سبب أجنبي لابد له فيه، فتحققت القوة القاهرة التي جعلت التنفيذ مستحيلا، وذلك بسبب إصرار الحكومتين الفرنسية والايطالية على منع تصدير الأسلحة المتفق عليها إلى الحكومة المصرية، وهذا السبب الأجنبي ليس في إمكان أي شخص في مثل مركز المدين أن يدفعه، بل إن المطعون عليه بعد أن عجز عن الحصول على ترخيص الحكومتين حاول تنفيذ التزامه بوسائل أخرى، ولكن الحكومة المصرية لم تقبلها، وكل ذلك يدل على أنه لم يترك وسيلة ممكنة لتنفيذ التزامه وإلا لجأ إليها، ولكن حال دون التنفيذ السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه، أي القوة القاهرة التي تعفيه من المسئولية[1]

ويمكن لهذا الشرط أن يتحقق أيضا – في الفرض السابق بيانه في المطلب السابق، حيث إن الاعصار المدمر أو الصواعق الجوية التي دمرت الكابلات أو اللوحات الإلكترونية المسئولة عن نقل البرامج في هذه الشركة، أو نقل المعلومات من البنك الخاص بتلك المعلومات، هو حدث لا يمكن دفعه، لأنه خارج إرادة أطراف العقد، والذي يستحيل معه تنفيذ العقد الإداري عبر شبكة المعلومات الدولية.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٨٩/ ٤ في ١٢ ديسمبر ١٩٥٩في ٥/ ١٥، ص ١٠٦.

الفصل الثاني
التحكيم وتسوية منازعات العقود الإدارية الإلكترونية

تمهيد وتقسيم:

زادت أهمية التحكيم كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات عموما في الآونة الأخيرة، نظراً لتشعب العلاقات التجارية الدولية لما يتسم به من بساطة وسرعة في الإجراءات، إضافة لما يتميز به من بعده عن آفة التخاصم التي هي من عيوب التقاضي عاديا، كان أم إداريا.

وأثار التحكيم في منازعات العقود الإدارية جدلا فقهيا واسعا وترددا قضائيا حول مدى جوازه في ظل غياب نص تشريعي صريح، يجيزه بقانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الحالي رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ إلى أن تم حسم هذا الأمر بإجازة التحكيم في منازعات العقودالإدارية بموجب التعديل التشريعي لقانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م، مع تقيد تلك الإجازة بضرورة موافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة مع حظر التفويض في ممارسة هذا الاختصاص[(١)]، ويسري على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ما يسري على العقود الإدارية الداخلية، من أحكام التحكيم وقيوده، وذلك رغبة في تدفق الاستثمارات الأجنبية على مصر ، حيث أن المستثمر الأجنبي دائما يتوجس خيفة من النظام القضائي الوطني، والقوانين الداخلية التي تتعاقب عليها التعديلات، وهو الأمر الذي يجعل التحكيم يحتل المرتبة الأولى في تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية.

وبناء على ما تقدم، سيتم تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث، على النحو التالي:

---

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٦، ص٦.

المبحث الأول: موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية قبل صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م

المبحث الثاني: موقف المشرع من التحكيم في العقود الإدارية

المبحث الثالث: التحكيم في العقود الإدارية الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية

المبحث الرابع: تطبيقات عملية للتحكيم في بعض العقود الإدارية الدولية

المبحث الأول

موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية قبل صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م

تمهيد وتقسيم:

أدى غياب النصوص التشريعية المنظمة للتحكيم في المنازعات الإدارية – وذلك بالطبع قبل صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م، والذي حسم هذا الأمر، فقد انقسم الفقه والقضاء في هذا الشأن إلى اتجاهين، الأول يوافق على اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنزاعات الإدارية، والآخر يرفض هذا الاتجاه، ولايضاح ذلك الأمر، سنتناول بالبحث إلى موقف الاتجاهين من الفقه والقضاءمن التحكيم في المنازعات الإدارية، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: موقف الفقهاء من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية قبل صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م

المطلب الثاني: موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية قبل صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م

المطلب الأول

موقف الفقهاء من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية قبل صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م

انقسم الفقه في شأن التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى اتجاهين أولهما يؤيد اللجوء لتلك الوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية، وثانيهما يرفض ذلك[١].

أولا: رفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية

استند الفقه المعارض للتحكيم في المنازعات المتصلة بالعقود الإدارية إلى العديد من الأسس، تتعلق بسيادة الدولة أو توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء، أو التشكك في حيدة المحكمين، وقد ذهب هذا الفقه في رفضه للتحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى حد اعتباره مخالفا للدستور ولفكرة النظام العام ذاتها[٢].

أ- مساس التحكيم بسيادة الدولة وتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء بها:

يتعارض التحكيم مع مبدأ سيادة الدولة، بما ينطوي عليه من سلب لاختصاص القضاء الوطني الذي يعد مظهرا من مظاهر تلك السيادة، ذلك أنه بموجب اتفاق التحكيم تتجه إرادة طرفيه إلى تسوية نزاعهم بعيدا عن قضاء الدولة، بواسطة محكم يفصل فيه طبقا لقواعد يتفق عليها الخصوم، أو دون التقيد بأية قواعد وضعية كما هو الحال بالنسبة للتحكيم بالصلح، ومن ثم فإن في اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الإدارية مساسا بسيادة الدولة من ناحيتين، أولهما سلبه لاختصاص القضاء الوطني، وثانيهما سماحه للمحكم باستبعاد القانون الوطني من التطبيق على النزاع محل اتفاق التحكيم[٣].

يرى بعض الفقه أنه ليس في اللجوء للتحكيم لتسوية منازعات العقود

---

(١) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية"، مرجع سابق، ص٧٠.

(٢) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية"، مرجع سابق، ص٧٠.

(٣) د. أحمد الشلقاني، الدولة والتحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة قضايا الحكومة، السنة العاشرة، العدد الأول، ١٩٦٦م، ص٨٣.

الإدارية مساسا بسيادة الدولة، وذلك للأسباب التالية:

١- أن قضاة الدولة قد يكونوا غير متخصصين في المسائل الفنية محل النزاع، الأمر الذي يدفعهم إلى الاستعانة بخبير ووقف الفصل في الدعوى انتظارا لرأيه، فإذا كان الأمر كذلك، فإنه يكون من الأوفق اختصارا للوقت وتوفيرا للنفقات لجوء الخصم إلى هذا الخبير مباشرة، وتنصيبه محكما للفصل في النزاع القائم.

٢- مع التسليم بأن التحكيم يعتبر في حقيقته سلبا للاختصاص قضاء الدولة، إلا أن ذلك لا يكون إلا بمقتضى قانون يسمح به.

فالمشرع الوطني هو الذي يسمح بالتحكيم، حتى ولو كان اختياريا، فإرادة الأفراد ليست كافية بمفردها لخلقه، وإنما يقتضي الأمر ضرورة تدخل المشرع لإقرار اللجوء إليه [(١)]، يضاف إلى ذلك عدم انقطاع الصلة بين التحكيم والقضاء الوطني، حيث يملك هذا القضاء بموجب نصوص تشريعية سلطة التدخل في أعمال المحكمين سواء بالمساعدة أو الرقابة والإشراف وهي أمور يختلف مدآها من نظام إلى آخر[(٢)]، كما أن القانون الوطني ليس مستبعدا في جميع الأحوال من التطبيق إذا ما لجأ أطراف النزاع إلى التحكيم، حيث يكون بوسع الأشخاص العامة وهي بصدد إبرام العقد الإداري وإدراج شرط التحكيم كأسلوب لتسوية منازعاته أن تشترط تطبيق القانون الوطني كأساس لتسوية النزاع[(٣)].

ذهب الاتجاه المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى الاستناد لنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة لتأييد وجهة نظرهم في فقرتها

---

(١) د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٠م، ص٦٠.

(٢) د. أحمد الشلقاني ، الدولة والتحكيم في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص١٥.

(٣) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية"، مرجع سابق، ص٧٢.

الحادية عشر والتي نصت على" أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة والتوريد، أو بأي عقد إداري آخر"، وفي هذا النص قصر لتسوية منازعات العقود الإدارية على القضاء الإداري دون سواه من وسائل تسوية المنازعات الإدارية، ومنها التحكيم.

وقد علل هذا الاتجاه ذلك بما تتصف به العقود الإدارية من طبيعة خاصة، وأحكام متميزة خارقة للشريعة العامة، ومن ثم تحكمها قواعد خاصة، هي قواعد القانون الإداري، وهي في معظمها قضائية لكونها من خلق القضاء الإداري، ومن ثم يصعبالتسليم بخضوع المنازعات الناشئة عنها للتحكيم، إذ لم ينص المشرع صراحة على خضوعها له[1].

ووجه للحجة السابقة العديد من الانتقادات منها:

١- لم يتضمن قانون مجلس الدولة الذي تستند إليه الحجة الابقة في رفضها لقبول التحكيم في منازعات العقود الإدارية نصا صريحا يقضي بعد جواز اللجوء إليه، بل على العكس من ذلك فإن نص المادة ٥٨ من هذا القانون تضمنت إباحة اللجوء إلى التحكيم وقبول حكم المحكمين بشرط الحصول على فتوى بذلك من قسم الفنوى بالمجلس.

٢- أن نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة قصد به بيان حدود اختصاص القضاء الإداري وتميزه في هذا الشأن عن القضاء العادي، الأمر الذي لا يجوز معه تجاوز قصد المشرع بالقول بأن النص يعني عدم جواز لجوء الهيئات الإدارية إلى التحكيم لتسوية المنازعات الخاصة بها، ولو أراد المشرع ذلك لنص عليه صراحة ضمن نص المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة

٣- إن التحكيم كنظام لفض المنازعات المتعلقة بالعثود الإدارية، لم يكن له صدى في وعي المشرع، حين إصداره لقوانين مجلس الدولة ، ومنها القرار

---

(١) د. محمد كمال منير، مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول، يونيه ١٩٩١م، ص٣٣٠.

رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م[١].

ب- **مخالفة التحكيم للدستور ولفكرة النظام العام:**

ذهب الرأي الرافض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية تأييدا لوجهة نظره إلى مخالفته للمادة ١٧٢ من الدستور، والتي تنص على أن " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة يختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى"[٢].

يعد الاستناد إلى هذا النص لرفض التحكيم في منازعات العقود هو استنادفي غير محله، حيث أن النص وإن كان ينطوي على تقرير ولاية عامة لمحاكم مجلس الدولة بنظر المنازعات الإدارية، إلا أن ذلك لا يعني حرمان المشرع من إسناد الاختصاص بالفصل في بعض المنازعات الإدارية، فاختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات الإدارية هو أصل عام قصد به الخروج على وضع تشريعي سابق كان فيه اختصاص محاكم مجلس الدولة محددا على سبيل الحصر، الأمر الذي يجوز معه للمشرع الخروج على هذا الأصل- على سبيل الاستثناء- بإسناد الفصل في منازعات العقود الإدارية إلى هيئات التحكيم[٣].

يؤسس الفقه الرافض لمبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية رأيه على فكرة النظام العام ، والتي يرى في التحكيم في تلك المنازعات إخلالا بها، على اعتبار أن المقصود بهذه الفكرة في القانون الإداري هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهذه الفكرة تهيمن على العقود الإدارية، بشكل كامل بالمقارنة بالعقود المدنية، ومن ثم فإنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها إلا

(١) المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم.

(٢) د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٩٧م، ص٢٥٩.

(٣) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية"، مرجع سابق، ص٧٥.

بنص صريح من المشرع.

ويعد الاستناد إلى تعارض التحكيم في العقود الادارية مع النظام العام هو رأى أقرب للقبول من الأسانيد الأخرى الرافضة لهذا النظام، حيث أن المحكم لن يلتزم في حكمه سوى بتطبيق القواعد القانونية التي يحددها له المحتكمين بغض النظر، عما إذا كان هذا التطبيق سوف يؤدي إلى تغليب الصالح العام على الصالح الخاص، وذهب أنصار هذا الرأي في استنادهم إلى فكرة النظام العام كأساس لرفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى أن القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي للقضاء، والضابطة لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والإداري تتعلق بالنظام العام، ومن بينها القواعد المتعلقة باختصاص محاكم مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية[1] ، ومن ثم فلا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد معها على ما يخالف هذه القواعد وإلا كان الاتفاق باطلا[2].

ثانيا: إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية

أيد جانب من الفقه في مصر قبل صدور القانون المنظم للتحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م جواز الاتفاق على تسوية منازعات العقود الإدارية بواسطة التحكيم، وفقا لقواعده الواردة في قانون المرافعات المدنية والتجارية مستندين في ذلك إلى الحجج التالية:

١- أحكام قانون المرافعات والتي أجاز قانون مجلس الدولة الحاليبالمادة الثالثة من مواد إصداره تطبيقها على منازعات العقود الإدارية فيما لم يرد بشأنه نص خاص بهذا القانون ، وبما لا يتعارض مع روابط القانون العام ، تجيز الاتفاق على التحكيم، حيث نصت المادة ٥٠١ من قانون المرافعات على أنه "

(١) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية"، مرجع سابق، ص٧٦.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية" دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص١٩٢.

يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن عقد معين"[١].

واستند أنصار هذا الرأي إلى عمومية كلمة " عقد معين" حيث أشاروا إلى أن النص جاء عاما غير محدد ما إذا كان يسري على العقود الإدارية أو المدنية، وأن المطلق يجري على إطلاقه، ما لم يخصص الأمر الذي يتعين معه إقرار التحكيم في العقود الإدارية[٢].

٢- عدم وجود نص صريح في قانون مجلس الدولة يحظر التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية[٣].

٣- نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة والذي تناول اختصاص محاكمه بنظر منازعات العقود الإدارية، قصد به بيان الحد الفاصل بين اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري، ومن ثم لا يجوز تعدي هذا الغرض إلى القول بأن هذا النص يحظر اللجوء إلى التحكيم الاختياري، وإلا حملنا النص بأكثر مما يحتمل، ولو أراد المشرع تقرير هذا الحظر لنص عليه صراحة[٤].

٤- نصت المادة ٥٠١ من قانون المرافعات على عدم جواز التحكيم فيما لايجوز فيه الصلح، أي جعلت موضوعات التحكيم هي ذاتها موضوعات الصلح ، وعليه فإن التحكيم شأنه شأن الصلح، لا يشكل مساسا باختصاص المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع[٥].

---

(١) د. محمد بكر حسين، العقد الإداري والتحكيم، مكتبة السعادة، طنطا، ١٩٩٣م، ص١٦٥.

(٢) د. محمد كمال منير، مدى جواز الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية،مرجع سابق، ص٣٣١.

(٣) م. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية في التطبيق العملي، بدون دار نشر، وبدون سنة نشر، ص١٩٧.

(٤) د. زكي محمد النجار، الوسائل غير القضائية لتسوية المنازعات الإدارية، دا النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص٣٤٥.

(٥) د. منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص٢٥٩.

وعلى الرغم من إجازة أنصار هذا الاتجاه الفقهي للتحكيم في العقود الإدارية، إلا أن بعضهم يبدي تحفظات في هذا الشأن، حيث يرى اقتصار إجازة التحكيم على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي بمعناها الفني، وهذا الأمر لن يحتاج إلى تدخل تشريعي يجيزه، حيث تستند إجازة ذلك إلى الاتفاقيات الدولية التي تنضم إليها مصر وتقر التحكيم[1].

(١) د. محمد ماجد محمود، العقد الإداري وشرط التحكيم الدولي، مجلة العلوم الإدارية، السنة ٣٥، العدد الثاني، ديسمبر ١٩٩٣م، ص١٤٩.

المطلب الثاني

موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية قبل صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م

اختلف موقف مجلس الدولة من التحكيم في العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤مبين الإجازة والرفض، وبناء عليه سيتم استعراض موقف الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، والقضاء الإداري من هذا الأمر، وذلك من خلال العناصر التالية:

أولا: موقف الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع من التحكيم في العقود الإدارية

أجازت فتوى صادرة من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة التحكيم في منازعات العقود الإدارية والتي ذهبت فيها إلى أن " التحكيم يقوم على إرادة الخصوم ولإقرار المشرع لتلك الإرادة، بيد أنه إزاء عدم وجود تشريع خاص ينظم منازعات العقود الإدارية التي تكون جهة الإدارة طرفها سواء المدنية أو الإدارية، فإنه يتعين الرجوع في ذلك إلى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته الواردة بقانون المرافعات، والتي لا تتعارض مع طبيعة الروابط الإدارية، ولا وجه للقول بأن محاكم مجلس الدولة هي المختصة بالفصل في منازعات العقود الإدارية دون غيرها، طبقا للمادة ١٠ من قانون مجلس الدولة، وبالتالي فإن الاتفاق على حسم تلك المنازعات بطريق التحكيم مؤداه سلب الولاية المعقودة للقضاء الإداري في هذا الشأن، ذلك لأن المقصود من نص المادة العاشرة سالفة الذكرهو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة والقضاء العادي، ولا يجوز أن نتجاوز في تفسير هذا النص قصد المشرع، والقول بحظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية............"[1].

---

(١) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، فتوى رقم ٥٤/ ١/ ٢٦٥، جلسة ١٧ مايو ١٩٨٩م.

وتدل هذه الفتوى على الموافقة المطلقة من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع على إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية ومساواتها في هذا الشأن بالعقود المدنية، ولأن المساواة بين العقود الإدارية والمدنية في شأن التحكيم فيه ما يتعارض مع طبيعة العقود الإدارية، فقد قيدت الجمعية العمومية موافقتها على التحكيم في تلك العقود في إفتاء لاحقلها بتحفظ مقتضاه إعمال القواعد القانونية الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية [1].

ورأت الجمعية العمومية في هذه الفتويأن المشرع بنص المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م والذي قضى باختصاص محاكم الدولة دون غيرها بنظر منازعات العقود الإدارية أراد بهذا النص قطع الصلة بين المحاكم العادية والنظر في منازعات العقود الإدارية، ولكنه لم يتكر في الوقت ذاته حق الأطراف في عرض هذه المنازعات على هيئة تحكيم خاصة، ولكن ذلك مشروط بعدم استبعاد القواعد القانونية الموضوعية التي-تطبق على العقود الإدارية، وقد جاء موقف الجمعية العمومية لقسمي افتوى والتشريع بمجلس الدولة من إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية تحولا عن موقف سابق لها برفض هذه اوسيلة لفض منازعات العقود الإدارية[2].

ثانيا : موقف القضاء من التحكيم في منازعات العقود الإدارية قبل صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م

أجازت محكمة القضاء الإداري التحكيم في منازعات العقود الإدارية في دعوى أقامتها إحدى الشركات ضد وزير الإسكان والمرافق وآخرين، مستندة في ذلك إلى أن العقد المبرم بين الشركة المدعية ووزارة الإسكان والتعمير هو عقد امتياز ونص في أحد بنوده على أن " كل خلاف بين الطرفين على تفسير أو تنفيذ الأحكام التي تضمنها الاتفاق، وشروط قبول التنازل يفصل فيه عن طريق

---

(١) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع،ملف رقم ٥٤/ ١/ ٣٠٧، جلسة ٢٧ فبراير ١٩٩٣م.

(٢) الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، فتوى رقم ٨٦/ ٦/ ١٦٣م، جلسة ١٧ مايو ١٩٨٩م.

التحكيم، وتكون أحكام هيئة التحكيم قابلة للطعن فيها أمام المحاكم المصرية بالطرق التي رسمها القانون"، حيث أجابت محكمة القضاء الإداري الشركة المدعية في طلبها وقف تنفيذ قرار المدعي عليهم السلبي بالامتناع عن إحالة النزاع بينهم وبين الشركة المدعية إلى هيئة التحكيم[1] ، وعند طعن إدارة قضايا الدولة في هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا، قضت بالغائه مقررة عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية[2]، وإزاء رفض المحكمة الإدارية العليا للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ، لم يكن أمام محكمة القضاء الإداري سوى التحول عن قضائها السابق، ورفض التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مقررة بأنه يسلب محاكم مجلس الدولة اختصاصها المقرر بالمادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م[3] .

وعادت المحكمة الإدارية العليا وأكدت جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مؤكدة مشروعية شرط التحكيم الوارد بالعقد، وبأنه يخضع للقواعد الواردة بقانون المرافعات المدنية والتجارية المنظمة للتحكيم، ومقررة أن وجود شرط التحكيم في العقد، ويؤدي إلى منع المحكمة من سماع الدعوى، طالما بقى هذا الشرط قائما[4]

---

(١) محكمة القضاء الإداري، دعوى رقم ٤٨٦ لسنة ٣٩ قضائية، جلسة ١٨ مايو ١٩٨٦م.

(٢) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٣٠٤٩ لسنة ٣٢ قضائية، جلسة ٢٠ فبراير ١٩٩٠م.

(٣) محكمة القضاء الإداري، دعوى رقم ٥٤٣٩ لسنة ٤٣ قضاية، جلسة ٣٠ يناير ١٩٩١م.

(٤) المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ قضائية، جلسة ١٨ يناير ١٩٩٤م.

المبحث الثاني
موقف المشرع من التحكيم في العقود الإدارية

تمهيد وتقسيم:

أوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م خضوع العقود الإدارية للتحكيم، حيث نصت على " ....يشمل المشروع على سبعة أبواب تضم ثمان وخمسين مادة، وتعلق الباب الأول بقواعد تتناول موضوعات متفرقة يأتي في مقدمتها تحديد نطاق تطبيق أحكام المشرع الذي عينته المادة الأولى بعد أن رجحت أحكام الاتفاقيات المعمول بها في مصر بسريان تلك الأحكام على كل تحكيم تجاري دولي يجرى في مصر، سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، فحسم المشرع بذلك الشكوك التي دارت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود التي يكون أحد أطرافها من الأشخاص القانون العام للتحكيم ، فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام هذا المشروع، أيا ما كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع"، إلا أن صدور هذا القانون لم يحسم الجدل الفقهي والقضائي حول مدى إمكانية خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم، وذلك ما سوف نلي سرحه من خلال المطلبين التايين:

المطلب الأول: التحكيم في العقود الإدارية في ظل القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م

المطلب الثاني: التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م

المطلب الأول

التحكيم في العقود الإدارية في ظل القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م

صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية متضمنا تنظيما شاملا لهذا النظام القانوني لتسوية المنازعات، وذلك بعد إلغائه للمواد من ٥٠١ إلى ٥١٣ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ م والمتعلقة بتنظيم التحكيم، وقد حدد القانون نطاق سريانه بموجب المادة الأولى من قانون الإصدار في التحكيمات القائمة وقت نفاذه أو تلك التي تبدأ بعد هذا النفاذ، وحول معيار قابلية المنازعة للخضوع للتحكيم ذهبت المادة الأولى من القانون إلى انطباق أحكامه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام القانون المصري[1].

ونصت المادة الثالثة عشر من هذا القانون على " أن التحكيم يعتبر تحكيما دوليا إذا تعلق بنزاع يتصل بالتجارة الدولية، ويخضع التحكيم التجاري الدولي للقانون المصري إذا تم في مصر، وإذا تم في الخارج فلا يخضع للقانون المصري إلا إذا اتفق الأطراف على خضوعه له"، واشترطت المادة الحادية عشر في القانون في الموضوع الذي يتم فيه التحكيم أن يكون قابلا للتصرف فيه والتصالح بشأنه[2].

وتأكد خضوع العقود الإدارية للتحكيم في ظل القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، حيث نصت المذكرة الإيضاحية على " ....ويشمل المشروع على سبعة أبواب تضم ثمان وخمسين مادة، وتعلق الباب الأول بقواعد عامة تتناول

---

(١) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية"، مرجع سابق، ص٨٨.

(٢) المادة ١١، ١٣ من قانون التحكيم المصري في المنازعات التجارية والمدنية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

موضوعات متفرقة يأتي في مقدمتها تحديد نطاق تطبيق أحكام المشرع الذي عينته المادة الأولى بعد أن رجحت أحكام الاتفاقيات المعمول بها في مصر، بسريان تلك الأحكام على كل تحكيم تجاري دولي يجري في مصر، سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو إخاص القانون الخاص، فحسم المشرع بذلك الشكوك التي دارت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام للتحكيم، فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام هذا المشروع، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونيةالتي يدور حولها النزاع"[1].

وعلى الرغم من تأكيد سياق المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ م بشأن التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية، على خضوع العقود الإدارية لأحكام هذا القانون الذي نصت عليه المادة الأولى منه على سريان أحكامه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع ، إلا أن صدور هذا القانون لم يحسم الخلاف الفقهي والقضائي حول جواز إخضاع منازعات العقود الإدارية للتحكيم، وها ما سيتم توضيحه في العنصرين التاليين[2] :

أولا: موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية في ظل القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م

انقسم الفقه بشأن جواز التحكيم في العقود الإدارية في ظل قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م إلى ثلاثة اتجاهات :

١- الرأي الرافض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية:

ذهب أنصار هذا الرأي تبريرا لعدم إجازتهم للتحكيم في منازعات العقود

(١) المذكرة الإيضاحية في قانون التحكيم المصري في المنازعات التجارية والمدنية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م

(٢) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية"، مرجع سابق، ص٩٠.

الإدارية في ظل القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م إلى أن القانون لم يجز بنص صريح اللجوء للتحكيم لتسوية منازعات العقود الإدارية، زأن هذه المنازعات لا يجوز استثنائها من الخضوع لاختصاص القضاء الإداري بنص تشريعي صريح، واستند هذا الرأي في رفضه لإجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى نص المادة ١٧٢ من الدستور فيما نصت عليه من أن " مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى"[1].

وانتهى هذا الرأي إلى أن قابلية منازعات العقود الإدارية للتحكيم تقف امامها صعوبات لا يستهان بها، حيث أن نص المادة الأولى من هذا القانون، والمناقشات التي دارت حولها في مجلس الشعب، وما أوردته المذكرة الايضاحية لا يقطع برأي نهائي في مسألة التحكيم في الع‍ـقـود[2].

٢- الرأي المجيز للتحكيم في منازعات العقود الإدارية:

يجيز هذا الرأي التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م ذهبت إلى هذا القانون قد أجاز بنص صريح للأشخاص القانونية العامة اللجوء للتحكيم في أية علاقة قانونية ذات طابع تجاري أو اقتصادي وتقبل الصلح والتصرف، ولا شك أن انطباق هذا المعيار على منازعات العقود الإدارية، بحيث يمكن القول بأن هذا القانون هو في واقع الأمر قانون للتحكيم التجاري الذي اتسع مدلوله ليشمل جميع المنازعات ذات الطابع الاقتصادي سواء كان يصدق عليه وصف المنازعات المدنية أو المنازعات التجارية، بل ويشمل المنازعات التي تدخل في دائرة العقود أدارية، ما دامت تتسم بالطابع الدولي[3].

(١) د. أكثم الخولي: الاتجاهات العامة في قانون التحكيم الجديد، بحث مقدم إلى مؤتمر مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في الفترة من ١٢ إلى ١٣ سبتمبر، ١٩٩٤م.ص١٢٢.

(٢) د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٧٩.

(٣) د. محمود سمير الشرقاوي، مفهوم التجارية الدولية وفقا لقانون التحكيم المصري الجديد، بحث مقدم إلى مؤتمر مراكز التحكيم العربية ، المنعقد في جامعة بيروت العربية في الفترة من ١٦ إلى ١٨ مايو ١٩٩٩م،ص٥.

كما ذهب أنصار هذا الرأي تأييدا لوجهة نظرهم والتي يجيزون فيها التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلى أن القاعدة الأصولية تقضي بأن العام يؤخذ على إطلاقه ما لم يخصص وأنه لا اجتهاد مع وضوح النص، وحيث أن نص المادة الأولى من قانون التحكيم قد ورد عاما في سريانه على التحكيم بين أشخاص القانون العام أو الخاص، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان التحكيم يجري في مصر، وعليه فقد انتهى أصحاب هذا الرأي إلى امتداد نطاق التحكيم إلى العقود الإدارية باعتبارها إحدى صور العلاقات القانونية بين أشخاص القانون العام والخاص[1].

ج- الرأي الوسط بين الإجازة والرفض:

نشأ بين الرأيين الرافض والمجيز للتحكيم في منازعات العقود الإدارية اتجاه وسط ذهب إلى إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مع قصر نطاقه على العقود ذات الشأن الدولي، وفي تحديد هذا الرأي لتلك العقود ذهب إلى أنها العقود التي يلحق بأطرافها أو موضوعها عنصر أجنبي بمعنى إلا يكون محل إقامة أو مقر طرف العقد داخل الدولة المتعاقدة، أو يكون تنفيذ العقد بدولة أخرى، أو يتعلق موضوعه بالتجارة الدولية[2].

ثانيا: موقف القضاء من التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

أقر القضاء الإداري إجازة اللجوء للتحكيم لتسوية منازعات العقود الإدارية، وقد تأكد ذلك بحكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى المقامة من وزير الأشغال بصفته ضد الممثل القانوني لمجموعة الشركات الأوروبية المنفذة لمشروع قناطر إسنا الجديدة، حيث رفضت طلب المدعي ببطلان حكم هيئة

(١) د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م، ص١٤٨.

(٢) د. إبراهيم علي حسن، تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة، مجلة هيئة قضايا الدولة، السنة "٤١"، العدد الثاني، إبريل، مايو ١٩٩٧م، ص٢٦.

التحكيم في الدعوى لعدم اختصاص تلك الهيئة بنظرها لتعلقها بعقد إداري وهو عقد أشغال عامة، والذي ينعقد الاختصاص بنظر منازعاته لمجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره.

كما ذهبت المحكمة الدستورية العليا في هذا الشأن إلى أن التحكيم باعتباره وسيلة أقرها المشرع وأجاز لطرفي العقد – استثناءا- الاتفاق عليها للفصل فيما يثور بينهما من منازعات بشأن هذا العقد هو في واقع الأمر حسبما ذهبت محكمة النقض في العديد من أحكامها " سلب لهذا الاختصاص القضائي سواء بالنسبة لمحاكم مجلس الدولة أو المحاكم العادية" ، أو هو بحسب تعبير المحكمة الدستورية العليا بمثابة عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي يتناولها التحكيم استثناءا من خضوعها أصلا له.

وقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة حينما عرض عليها أمر التحكيم في العقود الإدارية ، بعد استعراضها للمادتين الأولى والثانية من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م إلى رفض التحكيم في العقود الإدارية في ظل الوضع التشريعي الذي أتى به قانون التحكيم المذكور، وعليه انتهت في فتواها إلى أن إجازة التحكيم في العقود الإدارية يتطلب تدخل من المشرع يجيز فيه هذا التحكيم صراحة، وبضوابط محددة ، وقواعد منظمة[(١)].

وحثت تلك الفتوى المشرع على إصدار القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، حسما منه للخلاف الي دار حول مدى انطباق هذا القانون على منازعات العقود الإدارية، حيث نص القانون الجديد على ذلك صراحة[(٢)].

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ١٨ فبراير ، ملف رقم ٥٤/ ١/ ٣٣٩/ ١٦٠ في ٢٢ يوليو ١٩٩٧م.

(٢) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠م، ص٣٤١.

المطلب الثاني

التحكيم في منازعات العقود الإدارية في ظل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م

تدخل المشرع بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م ليؤكد جواز تسوية منازعات العقود الإدارية من خلال التحكيم، وذلك من خلال قيامه بتعديل الفقرة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م على الوجه التالي" تضاف إلى المادة (١) من قانون التحكين في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م فقرة ثانية، نصها كالآتي:

(ويالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك)، كما نصت الفقرة الثانية من القانون على أن يعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره.

وقد أصدر المشرع هذا التعديل التشريعي الهام مدفوعا بالرغبة في استقرار الأوضاع القانونيةوتهيئة مناخ مناسب للاستثمارات الأجنبية للتدفق على مصر، حيث يرى أصحاب الأعمال أن في التحكيم وسيلة مثلى لتسوية منازعات العقود الإدارية، ولهذا القانون نطاق تطبيق موضوعي وزمني، كما لهذا التطبيق شروطا واجبة الاحترام، وهذا ما سوف نستوضحه في العنصريين التاليين:

أولا : نطاق تطبيق القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م بشأن التحكيم في منازعات العقود الإدارية

ينقسم نطاق تطبيق هذا القانون إلى نطاق موضوعي ، ونطاق زمني:

١- النطاق الموضوعي لسريان القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م

يشمل نطاق تطبيق هذا القانون من الناحية الموضوعية جواز التحكيم في كافة أنواع العقود الإدارية الوطنية كانت أم ذات طابع دولي، حيث لم يخص المشرع نوعا معينا منها يتم تسوية نزاعاته عن طريق التحكيم، وإضافة لشمول النص لكافة أنواع العقود الإدارية، فقد شمل كافة صور منازعات تلك العقود سواء تعلقت بالإبرام أو التنفيذ أو الآثار المترتبة على هذا التنفيذ، وقد أجاز

القانون اللجوء إلى التحكيم من خلال شرط تحكيم يرد في صلب العقد الأصلي، أو عبر مشارطة تحكيم يبرمها أطرافه في مرحلة لاحقة على إبرامة، في حالة نشوء نزاع بينهما[1].

ب- النطاق الزمني لتطبيق أحكام القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م

تنص المادة الثانية من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م على أن " ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ، ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره "، فإن هذا القانون يكون له أثر مباشر وليس أثرا رجعيا، حيث أن تطبيق أي قانون بأثر رجعي يستوجب إما أن ينص صراحة من المشرع في صلب القانون على تطبيقه بأثر رجعي، وإما أن يتعلق بالأمر بنص في قانون جنائي أصلح للمتهم حيث يتعلق الأمر هنا بضمانة أساسية للحريات العامة[2]، وليس هناك في القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م نص على رجعية تطبيقه، بل نص على العمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره، إضافة إلى عدم تعلقه بقانون جنائي أصلح للمتهم، الأمر الذي تنتفي معه مبررات الرجعية، إضافة إلى ما تقدم فإنه لا يمكن اعتبار القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م تشريع تفسيري لنصوص القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م ، حتى يسري بأثر رجعي يرتد إلى وقت تطبيق هذا القانون، حيث خرج القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م عن نطاق التفسير إلى نطاق التعديل، بأن أضاف للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م أحكاما جديدة لم ترد به، إضافة إلى ما جاء بنصه صراحة من أنه قانون بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، ومن ثم فإن تطبيقه لا يمتد عبر نطاق الماضي إلى وقت تطبيق القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م[3].

---

(١) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية"، مرجع سابق، ص٩٨.

(٢) د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٠٢.

(٣) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية"، مرجع سابق، ص١٠٠.

ثانيا: شروط جواز التحكيم في العقود الإدارية:

يشترط لجواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية شرط إجرائي أتى به القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م المعدل لأحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ م بشأن التحكيم المدني والتجاري، يتمثل في ضرورة الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، كم نص قانون مجلس الدولة على أخذ رأي الجمعية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة عند إبرام بعض العقود الإدارية المتضمنة لشرط أو مشارطة التحكيم، كما ذهب قانون المناقصات والمزايدات على إجازة التحكيم في منازعات العقودالإدارية بشرط إلتزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته الناشئة عن تلك العقود، وهذا ما سوف نستوضحه من استعراض الشروط على النحو التالي:

أ- الإذن باللجوء إلى التحكيم:

نصت المادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م على إضافة فقرة ثانية إلى المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م ليكون نصها كالآتي:(وبالنسبة إلى منازعات العقود يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك.............).

ويتضح من هذا النص إجازته للتحكيم في العقود الإدارية بكافة صورها صراحة، إلا أنه قيد اللجوء لتلك الوسيلة من وسائل تسوية منازعات العقود الإدارية بقيد لإجرائي يتمثل في ضرورة الحصول على موافقة الوزير الذي يدخل النزاع محل التحكيم ضمن اختصاصات وزارته، وأجاز القانون لمن يتولى اختصاصات الوزير في الأشخاص الاعتبارية العامة الإذن بتسوية نزاع يتعلق بعقد إداري بواسطة التحكيم، ومن ثم فإن تفويض الوزير المختص أو من يقوم مقامه بشركات القطاع العام، يبطل اتفاق التحكيم الي تم بناء على هذا التفويض الباطل لصدور الموافقة عليه من غير ذي صفة، المر الي تنحسر معه ولاية هيئة التحكيم عن نظر هذا النزاع، ولا تكون مختصة بالفصل فيه، حيث تقضي بعدم اختصاصه بنظره، وقد حظر النص على الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه

بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة تفويض غيرهم في الموافقة على تسوية نزاع يتعلق بعقد إداري في نطاق اختصاصهم بواسطة التحكيم [1] .

وبررت المذكرة الإيضاحية للقانون اشتراط موافقة الوزير المختص على تضمين العقد الإداري لشرط التحكيم بأن في ذلك ضبطا لاستعمال هذه الموافقة وضمانا لوفاء اتفاق التحكيم عندئذ باعتبارات الصالح العام، بحيث يكون المرد في هذا الشأن للوزير المختص، أو من يمارس اختصاصاته من الأشخاص الاعتبارية العامة، وبهذا التحديد القانوني لمن تتوافر فيه صفة المتصرف بتوقيع اتفاق التحكيم في هذا النوع من العقود، فإنه في حالة عدم توافر الصفة القانونية فيمن يوقع اتفاق التحكيم، يكون الاتفاق باطلا لتخلف الشكل الذي أوجبه القانون لإبرامه، والشكل المختلف هنا شكل جوهري، حيث تطلب القانون توافره بنص صريح، ولأن في تخلفه تفويت للغاية التي من أجلها أوجد المشرع هذا النص [2]

ب- أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

يتعين على وزارات ومصالح الدولة وهيئاتها العامة أخ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة قبل إبرام أو إجازة أو تنفيذ قرار محكمين في عقد إداري متى زادت قيمته على خمسة آلاف جنيه، حيث يتعين استفتاء الإدارة المختصة قبل الإقدام على ذلك، وعلى الرغم من الالتزام بأخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بالنسبة للاتفاق على التحكيم في مثل هذه العقود، إلا أن رأيها في هذا الشأن هو من قبيل الآراء الاستشارية، التي يكون بوسع الإدارة مخالفتها دون أن يوصم تصرفها بالبطلان، وليس معنى كون رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع في هذا الشأن

(١) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية"، مرجع سابق، ص١٠١.

(٢) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، ٢٠٠٣م، ص١١١.

استشاري أنه يجوز التغاضي في طلبه ، حيث يؤدي مثل هذا التغاضي إلى بطلان اتفاق التحكيم، وذلك لأن طلب الرأي في مثل هذه الحالة شكل جوهري واجب الاحترام بغض النظر عن العمل به ، لأن هذا الرأي يصدر عن جهة قضائية رفيعة المستوى لتسترشد به جهة الإدارة، وفي إغفال طلبة تفويت للغاية التي لأجلها وضع المشرع نص المادة ٥٨ من القرار بالقانون بقانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ مبشأن مجلس الدولة الذي أوجب هذا الشكل[1]

(١) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية"، مرجع سابق، ص١٠٧.

المبحث الثالث

التحكيم في العقود الإدارية الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية

تمهيد وتقسيم:

يفرض إبرام العقود الإدارية الدولية عبر شبكة المعلومات الدولية اللجوء إلى طرق غير القضاء، حيث يحتاج أطراف هذه العقود اللجوء إلى طرق أكثر بساطة في الإجراءات، وأكثر اقتصادا في الوقت والتكلفة، ولم يجد هؤلاء الأطراف الملاذ إلا في طريق التحكيم، إلا أن التحكيم التقليدي قد تطور في أسلوبه، وأصبح إلكترونيا، مما أثار الكثير من المسائل القانونية الخاص بهذا الشأن التي تحتاج إلى بحث وتحليل.

وبناء على ما تقدم، سوف يتم التعرف- أولاً- على النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية عبر شبكة المعلومات الدولية، ثم لتسوية منازعات العقود الإدارية الإلكترونية عن طريق التحكيم، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية

المطلب الثاني: تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية عبر شبكة المعلومات الدولية عن طريق التحكيم

المطلب الأول
النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية
المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية

يعيش العالم اليوم واقعا متغيرا جديدا يمتاز بالديناميكية وسرعة التغيير وتطور اتساع المفاهيم وبأدق التفاصيل وهذه التحولات تحكمها اليوم توجهات التكتل وقوة الإعلام والشركات العابرة للقارات التي اعتمدت احدث أساليب التسويق والتطوير وتهدد باكتساح أسواق العالم النامي والمتقدم وخاصة بعد اتفاق تحرير التجارة ، ومرد ذلك إلى القوة الاقتصادية الكبيرة التي تتمتع بها مثل هذه الشركات والتي تجعلها في كثير من الأحيان تتحكم في سياسات الدول عن طريق عقود يتم إبرامها معها تسمى بعقود الدولة .

فعقد الدولة هو أداة اقتصادية مهمة وأداة سياسية أهم وخاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار إن علم الاقتصاد هو علم اختيار الوسائل وان السياسة هي اختيار الغايات والأهداف فهو إذاً وسيلة لتحقيق غايات اقتصادية وسياسية على درجة كبيرة من الأهمية ربما تؤدي في مرحلة معينة إلى تغيير الخارطة السياسية للعالم.

من هذا المنطلق نرى أن عقد الدولة هو عقد على درجة عالية من الأهمية يتضمن في طياته شروطاً ملزمة للطرفين المتعاقدين ويرتب آثارا قانونية على مخالفتها تتجلى في قيام المسؤولية المدنية على الطرف المخل بالتزاماته على نحو قد يلزمه بدفع مبالغ كبيرة للطرف الآخر الأمر الذي يفرض على الأطراف المتعاقدة أن تستعين في مرحلة المفاوضات وإبرام العقد بالكفاءات والخبرات العالية التي تجنب هذه الأطراف الوقوع في هاوية الجهل.

وتعد مسألة تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على العقود الإدارية الدولية من أهم المسائل القانونية التي تثيرها دراسة هذا النوع من العقود إذ أنها تشكل الجانب العملي لهذه الدراسة وخاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار إن اختيار نظام قانوني معين وتفضيله على نظام قانوني آخر ليست مسالة اعتباطية هامشية بل إنها مسالة جوهرية مهمة لأنها تحكم تكوين العقد الإداري الدولي والآثار المترتبة عليه.

وتظهر أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عند تحديد التزامات أطراف العقد وفي حال الإخلال بها، وأيضا عند رغبة المتعاقدين في تعديل شروط العقد أو عند رغبتهم في تفسيره وكذلك تأتي أهمية القانون الواجب تطبيقه على العقد من كونه يحكم أحقية المتضرر للتعويض عن الخسائر التي لحقته بفعل المتعاقد الآخر.

لهذا ونظراً لأهمية هذا الموضوع من العقود وللآثار الاقتصادية والسياسية المهمة التي يسبغها على الأطراف المتعاقدة وجدنا من الضروري تسليط الضوء على بعض جوانب هذا العقد، وذلك من خلال بيان النظام القانوني الذي يخضع له هذا النوع من العقود، وذلك من خلال العناصر التالية:

أولا: الآثار القانونية الناجمة عن العقد الإداري الدولي

يتميز العقد الإداري الدولي ببعض السمات، من أبرزها التالي:

١- تميّز العقود الإدارية الدولية والتي سنسميها اختصارا عقود الدولة عن غيرها من العقود التي من الممكن إبرامها في إطار العلاقات التجارية الدولية ، وسبب هذا التميّز هو اختلاف تكوين هذه العقود ، حيث تبرم عادة بين دولة تتمتع بالشخصية القانونية الدولية وبصفة الدولة في آن واحد وتتمتع بالسيادة على إقليمها من جهة - عن طريق من يمثلها كرئيس الدولة مثلا – وبين شخص اعتباري أجنبي يخضع للقانون المدني في الدولة التي ينتمي إليها ، ويتمتع بموجب هذا القانون بالشخصية القانونية التي تخوله صلاحية إبرام مثل هذه العقود . وقد يتم نشر هذه العقود في الجريدة الرسمية.

٢- هذا ولا يستمد التميز في عقود الدولة من تميّز الأطراف المتعاقدة فقط، بل ينشأ أيضا بسبب تضمين هذه العقود شروطا استثنائية غير مألوفة عادة في غيرها من عقود التجارة الدولية كشرط الثبات التشريعي الذي يهدف إلى الحد من تدخل القانون الوطني للدولة المتعاقدة في العقد ، وذلك بغية الحفاظ على التوازن العقدي وتحقيق الاستقرار القانوني للعقد.

٣- وتتضمن عقود الدولة بالإضافة إلى شرط الثبات التشريعي، شرط

التحكيم الذي يهدف بشكل أساسي إلى تحرير العقد من الولاية القضائية للدولة المتعاقدة وللدولة التي تنتمي إليها الشركة الأجنبية ، الأمر الذي يؤدي إلى حل الخلافات الناشئة عن عقود الدولة عن طريق هيئة تحكيمية مستقلة عن أطراف العقد.

الأمر الذي يضمن لأطراف العقد حل الخلافات الناشئة بينهم عن طريق اللجوء إلى هيئة محايدة من جهة، ويضمن لهم في الوقت نفسه السرعة في الإجراءات وفي صدور الحكم من جهة أخرى.

٤ - تخضع هذه العقود في جزء منها للقانون العام ويطبق القانون الخاص على الجزء الآخر. كما انه قد تثور عند إبرام هذه العقود أو عند تنفيذها فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة التي يتبعها الشخص الأجنبي المتعاقد مع الدولة.

٥ - تتسم هذه العقود بطول مدتها لأنها لا تنصب على عملية واحدة فقط بل تتعلق بالقيام باستثمارات طويلة الأمد للثروات الطبيعية. كما إن هذه العقود لا تمنح للطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة حقوقا تعاقدية صرفة فحسب، بل تعتبر بمثابة امتيازات غالبا ما تكون غير مألوفة ولها طابع شبه سياسي كالإعفاء من الضرائب.

ونذكر من الأمثلة على العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية'[1]

١- **عقد المشاركة:** ويتمثل في الاتفاق على مشاركة الدولة المنتجة للبترول للشركة الأجنبية المستقلة في عمليات الاكتشاف والإنتاج والتسويق . ومن أهم مزايا هذا العقد بالنسبة للدولة المنتجة عدم تحمل نفقات الاستكشاف الباهظة واكتساب الخبرة الفنية في مجال البترول.

(١) د.ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الأسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٤٧ وما بعدها.

٢- **عقد المشروع المشترك:** وهو الاتفاق على استعمال المال والجهد المقدم من أطراف العقد في نشاط اقتصادي معين كنشاط استغلال البترول أو غيره من المعادن بقصد اقتسام ما ينتج عن ذلك من أرباح. وتعتبر شركة ارامكو مثالا لهذا النوع من العقود، حيث نشأت كمشروع مشترك بين عدة شركات أمريكية لاستغلال البترول في المملكة العربية السعودية.

٣- **عقد تسليم المفتاح:** وفيه يلتزم المتعاقد الأجنبي مقابل عوض يتفق عليه بإقامة مصنع متكامل وتسليمه للدولة المتعاقدة صالحا للتشغيل الفوري، وقد يلتزم فضلا عن ذلك بتدريب العاملين وتقديم المعونة الفنية اللازمة إلى أن يتم تشغيل المصنع ويظهر إنتاجه فعلا، وكثيرا ما يتعلق المصنع بتكرير البترول والصناعات البتروكيماوية خاصة في الدول العربية المنتجة للبترول.

٤- **ومن العقود الإدارية الدولية الحديثة جدا** ، العقود التي تبرمها شركة اوراسكوم للهواتف النقالة مع الدولة أو الدول، والتي تلتزم فيها الشركة بتقديم خدمات الاتصالات مقابل عوض معين تستوفيه من الأفراد المشتركين في خدماتها.

لا يختلف العقد الإداري الدولي عن العقود المدنية من ناحية اعتباره عملا قانونيا يتم بين طرفي العقد ، ويقوم على توافق الإرادة بينهما ، كما انه يستلزم اجتماع الأركان الأساسية للعقود من رضا ومحل وسبب ، وتلجأ الدولة عادة إلى التعاقد باعتباره الوسيلة الطبيعية لانجاز أهدافها وتنفيذ مشروعاتها .

ولقد ثار خلاف فقهي حول التكييف القانوني لعقود الدولة وفيما إذا كانت تعتبر من عقود القانون العام أم من عقود القانون الخاص.

يقدر بعض الفقه[1] إن العقد الإداري الدولي هو من عقود القانون العام مع مراعاة الخصوصية التي يتمتع بها والمتمثلة بأطرافه من جانب والشروط

---

(١) م.علاء الدين محمد حمدان ، النظام القانوني للعقود الإدارية الدولية، مجلة الفتح، العدد "٣٧"، ديسمبر ٢٠٠٨،كلية القانون، جامعة ديالي، العراق، ص١٨٥ .

المدرجة فيه من جانب آخر وذلك للأسباب التالية:-

١- إن العقد الإداري الدولي يتمتع بخصائص تجعله قريب جدا من العقود الإدارية الداخلية وذلك لان العقد الإداري الدولي يتم إبرامه من قبل سلطة عامة من اجل تحقيق مصلحة عامة بينما في عقود القانون الخاص يهدف المتعاقدون إلى تحقيق مصالح شخصية عن طريقها .

٢- إن نظرية العقد الإداري إذا ما طبقت على العقود الإدارية الدولية نصل من خلالها إلى نتيجة مفادها إن العقود الإدارية الدولية تخضع لذات النظام القانوني للعقد الإداري.

٣- إن العقود الإدارية الدولية تختلف عن عقود القانون الخاص من حيث المبادئ التي تحكمها كمبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ عدم المساس به وثباته تجاه القوانين اللاحقة والمساواة القانونية المطلقة بين أطرافه.

تتطلب العقود الإدارية الدولية استمرار التفاوض بين الأطراف المتعاقدة لفترات زمنية طويلة وخاصة في عقود الدولة الكبرى ذات الطبيعة الفنية المعقدة وذلك بسبب ارتباط الأمر بتجميع الوسائل المالية والفنية والبشرية اللازمة لتحقيق المشروع محل التعاقد وكون العقد لا يزال في مرحلة التفاوض فأن ذلك لا يعني انتفاء التزامات الأطراف تجاه بعضهم[1]

وبالعودة إلى فقه القانون المدني نرى إن الأصل في المفاوضات التي تسبق انعقاد العقد إنها لا ترتب أثرا قانونيا فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده ولا مسؤولية على من عدل بل هو لا يكلف بإثبات انه قد عدل لسبب جدي وما المفاوضات إلا عملا مادياً لا يلزم احد الأطراف على إن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه ، ولكن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر

---

(١) د.هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٧٦ .

الذي أصابه ضرر من العدول فإذا اثبت مثلا إن من قطع المفاوضات لم يكن جادا عند الدخول فيها أو كان جادا ولكن لم يخطره بالعدول في الوقت المناسب وانبنى على ذلك أن فاتته صفقة رابحة كان له الحق في المطالبة بالتعويض[1]

ولتحديد هذه الالتزامات التي من الممكن أن تنشأ في الفترة السابقة على التعاقد لابد من أن نلقي الضوء على نظرية العقد الابتدائي أو التمهيدي في العقود المتتابعة التنفيذ ، إذ يقع العقد الابتدائي في مرحلة وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي ويجب أن يتضمن العقد الابتدائي الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية والمدة التي يجب إبرامه فيها.

ويقصد بالمسائل الجوهرية في هذا الصدد أركان العقد ووفقا لنظرية العقد الابتدائي أو التمهيدي يتعين التفرقة بين الوعد بالتعاقد الصادر بالإرادة المنفردة والوعد بالتعاقد الملزم للجانبين :-

ففي حالة الوعد بالتعاقد الصادر بالإرادة المنفردة يتعلق الأمر باتفاق بمقتضاه يتعهد شخص في مواجهة شخص آخر بإبرام عقد في المستقبل وفقاً للشروط التي يتم تحديدها مسبقاً ويعد هذا الاتفاق اتفاقاً بالمعنى الكامل إذ يفترض تطابق إرادتين ينشأ عنهما التزام محدد هو الالتزام بالتعاقد ويتمتع المتعهد له في هذا الاتفاق بحق حال ومؤكد يمكنه من مطالبة الطرف الآخر بإبرام العقد وتتحقق مسؤولية هذا الأخير التعاقدية إذا رفض تنفيذ التزامه بإبرام العقد.

أما بالنسبة لحالة الوعد بالتعاقد للجانبين فأنه يفترض وجود إرادتين متطابقتين من اجل إبرام اتفاق ووفقا لها يلزم كل طرف بإبرام عقد محدد في تاريخ لاحق ولكن منذ اللحظة التي تحقق فيها التراضي فأن هذا الاتفاق يعد بمنزلة العقد[2].

نلاحظ من كل ما سبق أن نظرية العقد الابتدائي تقسم المراحل التي يمر

---

(١) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨م، ص ٢٢١ .

(٢) د.عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ص ٢٦٦ وما بعدها.

بها انعقاد العقد إلى مجموعة عمليات متتابعة هي:-

١- مرحلة التفاوض

٢- مرحلة الإيجاب

٣- مرحلة الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

٤- العقد النهائي

وفي تقديرنا ، نلاحظ انه إذا كانت فكرة العقد الابتدائي أو التمهيدي تلعب دورا بصدد تحديد مسؤولية الطرف الذي يخل بالالتزام الواقع على عاتقه، فأن إعمال هذه الفكرة يبدو من الصعوبة بمكان بصدد العقود الإدارية الدولية ، إذ يتطلب تقرير المسؤولية التقصيرية للطرف الذي تسبب في قطع المفاوضات على نحو تعسفي الالتجاء إلى قضاء التحكيم المستند إلى وجود اتفاق على التحكيم ومن الصعوبة أن نتصور موافقة الطرف المرتكب للخطأ التقصيري اللجوء إلى التحكيم للفصل في موضوع عدم إتمام التعاقد الناجم عن وقف المفاوضات التعسفي من جانبه ، ومن جهة أخرى في حالة وجتود اتفاق جزئي فلابد من تضمينه شرط اللجوء إلى التحكيم من اجل إيقاع الجزاء على الطرف المخطىء، ولقد أظهرت الممارسات العملية ما يعرف بخطاب النوايا والذي وان كان لا يشكل اتفاقا نهائيا إلا انه يعبر عن رضا الطرفين الضمني بالتفاوض وبالتالي فأنه يترتب على هذا الإخلال انعقاد مسؤولية هذا الطرف تجاه الطرف الآخر والتزامه بالتعويض[1]

ثانيا : حقوق والتزامات الأطراف في فترة ما بعد إبرام العقد والمسؤولية المترتبة على الإخلال بها

على الرغم من عدم وجود اتجاه عام حول تحديد مدى وجود مسؤولية للأطراف في المرحلة السابقة على التعاقد إلا إن ذلك لا ينفي وجود اتجاه أكثر دقة في تحديد مدى ونوع مسؤولية الأطراف بعد إتمام عملية التعاقد ، حيث

---

(١) د.هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٧٧.

تعتبر حقوق والتزامات أطراف العقد الإداري الدولي في الفترة اللاحقة على إبرام العقد مستمدة بشكل أساسي من نصوص العقد ذاته ، مع الأخذ بنظر الاعتبار إن ذلك لا يمنع من أن هناك التزامات عامة تنشأ من العقود المبرمة بين الأطراف بغض النظر عن هوية الأطراف أو محل التعاقد[1]

وإذا كانت القاعدة المتبعة بشأن العقود المدنية تنطبق بشأن عقود الدولة فأن السؤال الذي يطرح نفسه هو مدى انطباق نظرية الحوادث الطارئة في نطاق هذه العقود.

إن الإجابة عن هذا السؤال سيدفعنا أن نبحث تفصيلياً حقوق والتزامات كل طرف في الفترة اللاحقة على التعاقد والمسؤولية المترتبة على الإخلال بهذه الالتزامات، وذلك على النحو التالي:

١- الالتزامات المقررة على عاتق الطرف الأجنبي:

إن الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق الطرف الأجنبي المتعاقد يتجلى في التعهد بتحقيق وانجاز التنمية الاقتصادية في المجال محل التعاقد بينهما بسبب اعتباره السبب والباعث إلى التعاقد ويتفرع عن هذا الالتزام الجوهري عدة التزامات تقع على عاتق الطرف الأجنبي :-

(أ) **الالتزام باحترام القواعد الفنية في المجال محل العقد:-** إذ غالباً ما تحرص الدولة المتعاقدة على تضمين عقدها شرطا ينص على انه يقع على عاتق الطرف

---

(١) إن القاعدة المتبعة بشأن العقود المدنية ((أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون)) كذلك ما تنص عليه القاعدة المتعلقة بالتنفيذ ((يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية)) إما الاستثناء المطبق على هذه القاعدة فهو يتجلى في نظرية الظروف الطارئة والتي مفادها ((إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا الاتفاق على خلاف ذلك)) ، لمزيد من التفصيل انظر د.عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ٦٩٦ وما بعدها.

الأجنبي احترام القواعد الفنية السائدة والمعترف بها دوليا في مجال العقد.

(ب) الالتزام بإمداد الدولة بأفضل المواد وأكثرها مناسبة للمشروع محل التعاقد واستخدام التكنولوجيا المتطورة: إذ ينص عادة في عقود الدولة على أن يتعهد الطرف الأجنبي القائم على تنفيذ المشروع على أن يكون التقييم العام له متمشيا مع المستوى الأكثر حداثة والتكنولوجيا المستخدمة في مجال العقد وغالبا ما ينشأ خلاف حول تحديد مستوى الجودة المطلوبة لتنفيذ المشروع ويرجع في ذلك إلى تفسير بنود العقد.

(ج) التزام الطرف الأجنبي بالقيام بالحد الأدنى من الاستثمار:- أي ضرورة القيام باستثمارات محدودة يتم تعيين مقدارها خلال مدة معينة يتفق عليها والغاية من ذلك تحقيق فعالية الاستثمار ، فمثلا في حال خلو العقد من مثل هذا الشرط يستحوذ الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة على المنطقة المسموح له فيها بالتنقيب لمدة سنوات دون أن يباشر العمل سالبا حق التنقيب فيها من قبل الشركات المنافسة،ويحق للدولة المتعاقدة أن تسحب الترخيص الذي تمنحه للطرف الأجنبي بالاستثمار في حال عدم قيامه بالاستثمار بالحد الأدنى المنصوص عليه في العقد إذ يعتبر ذلك إخلالا من الطرف الأجنبي ببنود العقد.

(د) التزام الطرف الأجنبي بالإعلام والأخبار:- ويترتب على هذا الالتزام قيام الطرف الأجنبي بإعطائه للدولة المتعاقدة معه كافة الأوراق والمستندات والخطط والوثائق وكل ما له علاقة بتنفيذ العقد المبرم بين الطرفين بالإضافة إلى تقديم تقارير دورية تفصيلية تبين الحالة التي تكون عليها الأعمال وغالبا ما يتضمن العقد حق الدولة في فسخ العفد في حال إخلال الطرف الأجنبي المتعاقد معها بهذا الالتزام، وحتى في حال عدم تضمين العقد مثل هذا الشرط فأن الالتزام بالتعاون ضروري بين الأطراف المتعاقدة من اجل تحقيق التنمية الاقتصادنة في الدولة.

(هـ) التزام الطرف الأجنبي بالتنمية البشرية وتدريب العمالة المحلية:

ويتم هذا الالتزام عن طريق تعهد الطرف الأجنبي بإنشاء المدارس والمستشفيات ومراكز الخدمات الاجتماعية لأسر العاملين الذين يستخدمهم

بحيث يكون دور الطرف الأجنبي كدور المرافق العامة في الدولة بالإضافة إلى أن مثل هذه الشروط تؤدي إلى اندماج العقد وانصهاره في إطار خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة ، ويختلف مضمون التزام الطرف الأجنبي بالمساهمة في التنمية البشرية تبعاً لدرجة نمو الدولة المتعاقدة وتبعا للقيمة الإجمالية للاستثمارات التي يقوم بها الطرف الأجنبي في الدولة المتعاقدة[1]

٢- الالتزامات الواقعة على عاتق الدولة المتعاقدة:

(أ) الالتزام بمساعدة الطرف الأجنبي للقيام بالاستثمار على ارض الدولة:- وذلك عن طريق تسليمه جميع الأوراق الضرورية اللازمة لحضور الفنيين المتخصصين من جانبه للعمل بالمشروع من تأشيرات دخول وتصاريح عمل ومنحه جميع التراخيص الخاصة بالبناء والاستيراد وتسهيل تملك المشروع المشترك للأرض التي سيقام عليها المشروع والترخيص بالاستثمار وقد تمنح الدولة للمشروع الأجنبي ضمانات ومزايا تتعلق بتسويق المنتج الذي يقوم هذا المشروع بإنتاجه كأن تتعهد الدولة بحماية هذا المنتج من المنافسة الدولية[2] .

(ب) التزام الدولة المتعاقدة بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي:- ينص على هذا الالتزام في بنود العقد بالإضافة إلى إن الدولة قد تضمن القوانين

(١) حول تحديد طبيعة هذا الالتزام فيما إذا كان التزاما ببذل عناية أم التزاماً بتحقيق نتيجة:-رجح جانب من الفقه كون هذا الالتزام التزاماً ببذل عناية مستندين في ذلك إلى التفرقة بين التزام الطرف الأجنبي بإدماج العمالة المحلية في العمليات الفنية المعقدة محل العقد والذي يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة وبين تدريب وتكوين المهارة الفنية لدى هؤلاء الأشخاص والذي يعد مجرد التزام ببذل عناية يعفي الطرف الأجنبي من مسؤوليته إذا اثبت انه بذل الجهد= =والعناية المطلوبين ولكن جانباً آخر يرى في التزام الطرف الأجنبي بتدريب العمالة المحلية وتحقيق اندماجها في العمليات الفنية المتطورة التزاماً بتحقيق نتيجة لا يمكن للطرف الأجنبي التنصل من عدم تحققه بإثبات بذل العناية المطلوبة دون تحقيق النتيجة.

(٢) د. عبد الكريم حمودي ، الخروج من الأزمة بعيداً عن صندوق النقد الدولي، ماليزيا، بحث منشور في شبكة الانترنت في الموقع:

www.Islam.Online.net

المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية نصوصا تقرر مثل تلك الحماية وقد يتم إبرام معاهدات ثنائية أو جماعية بهدف حماية الاستثمارات التي يقوم بها مواطني إحدى الدول الطرف في الاتفاقية على إقليم دولة طرف أخرى.

ثالثا: القانون الواجب التطبيق على العقد الإداري الدولي

تعد مسألة تحديد القانون الواجب تطبيقه على العقد من أهم المسائل المتعلقة بعقود الدولة لان تحديد هذا القانون يترتب عليه تحديد القانون الذي سيحكم آثار العقد سنواء في حالة تنفيذ الطرفين للالتزامات المترتبة عليهم بموجب العقد أو في حالة عدم تنفيذها ، كما انه يحكم التعويض الذي يستحقه الطرف المتضرر جراء عدم التنفيذ.

كما أن هذه المسألة من المسائل التي تتناول المفاوضات التي تسبق إبرام العقد ومن الخيارات المحتملة بشأن القانون الواجب التطبيق اختيار المتعاقدين للقانون الوطني للدولة المتعاقدة أو للقانون الدولي العام أو لأي قانون آخر، وهذا الأمر يتطلب من تناول العناصر التالية:

١- خضوع العقود الإدارية الدولية للقانون الداخلي للدولة المتعاقدة:

قد يتفق أطراف عقد الدولة صراحة على اعتماد قانون الدولة لحكم العقد وقد يستدل على مثل هذا الاتفاق بشكل ضمني من خلال تضمين عقد الدولة شروطاً خاصة مثل شرط الثبات التشريعي إذ أن مثل هذا الشرط لا ينص عليه في العقد إلا إذا كان القانون الواجب تطبيقه هو القانون الوطني للدولة المتعاقدة [١]، وقد برر الفقهاء خضوع عقد الدولة للقانون الوطني للدولة استناداً إلى عدة حجج سنوردها في التالي:

(أ) خضوع العقود الإدارية الدولية لقانون الدولة المتعاقدة:

استناداً إلى وجود قرينة مفترضة لصالح هذا القانون: تكرس هذا الاتجاه في

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ،المجلة المصرية للقانون الدولي ،العدد رقم ٤٣ لعام ١٩٨٧، ص ٦٦.

قرار محكمة العدل الدولية في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية والذي جاء فيه:- ((كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص او نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون.)) يتبين لنا مما سبق أن محكمة العدل الدولية اعتبرت أن القانون الواجب تطبيقه على عقود الدولة هو القانون الوطني للدولة المتعاقدة[1]

على انه قد تم توجيه انتقاد لهذا الاتجاه مفاده أن المعيار الذي استندت إليه المحكمة هو معيار غير كاف وخاصةً أن هناك عقود تبرمها الدولة مع دول أخرى وتتنازل فيها صراحة عن التعامل بصفتها شخص من أشخاص القانون الدولي العام كما أنها تقبل الخضوع لإحكام القانون الخاص في معرض إبرامها لعقود مع أفراد عاديين على الرغم من أنها تستطيع أن تتحاشى تطبيق هذا القانون • فالدولة حرة في اختيار القانون الذي ستخضع له في علاقاتها القانونية مع الآخرين[2] .

(ب) خضوع العقود الإدارية الدولية المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية لقانون الدولة المتعاقدة بناء على اعتبارات سياسية وقانونية :-

(ت) يرتكز هذا الرأي في تغليب قانون الدولة لاعتبارات سياسية خاصةً منها، رفض معاملة الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة معاملةً تؤدي إلى مساواته بالدولة المتعاقدة معها بالإضافة إلى انه يستند إلى بعض المواثيق الدولية لتعزيز هذا الاتجاه، ففيما يتعلق بالاعتبارات السياسية فهذه الاعتبارات مستمدة

---

(١) يبدو أن المعيار الذي وضعته محكمة العدل الدولية يرتكز على الصفة التي تعاملت بها الدولة فإذا تعاملت الدولة مع غيرها من الدول على اعتبار أنها من أشخاص القانون الدولي العام خضعت لإحكام هذا القانون أما إذا تعاملت على أساس أنها شخص من أشخاص القانون الداخلي فإنها تخضع للقانون الداخلي.

(٢)

R.Mark , Offshore tax and Law in Luxemburg. www.lawtax.net

من فكرة السيادة ومن أن حق الدولة في ممارستها لسيادتها على إقليمها هو حق مطلق ولكن من الممكن أن يحد هذا الحق وانطلاقا من فكرة المجاملة الدولية قد تقبل الدولة أن تطبق قانونا أجنبيا أو أن تعترف بالاختصاص لمحكمة أجنبية وذلك طبقا لقواعد الإسناد التي تقوم هذه الدولة بتحديدها بشكل يتفق مع مصالحها ولكنها في الأعم الأغلب تطبق قانونها الداخلي لأنه يعبر عن مصالحها وسياستها التشريعية.

وقد رفضت دول أمريكا اللاتينية خضوع عقود الدولة بشكل مطلق للقانون الدولي العام بل نادت بخضوعه للقانون الداخلي للدولة المتعاقدة واستندت في ذلك إلى مبدأ قانوني هام هو مبدأ المساواة المطلقة بين الوطنيين والأجانب في المعاملة ويترتب على ذلك خضوع الأجانب للقانون الوطني للدولة الموجودين على إقليمها على نحو كامل مع عدم إمكانية تمتعهم بالحقوق دون تحملهم الالتزامات وإعمالا لهذه المبادئ قامت أمريكا اللاتينية بإعمال شرط كالفو، والذي مفاده أن يدرج شرط في العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية أو الرعايا الأجانب الذين يتعاملون معها وبمقتضاه تتعهد الشركة الأجنبية أو الفرد بالاكتفاء مقدما في حالة الخلاف بطرق التقاضي الداخلية وعدم اللجوء إلى الدولة التي ينتمون إليها كي ترفع نيابة عنهم دعوى المسؤولية الدولية[1] .

أما بالنسبة للاعتبارات القانونية التي يتمسك بها الفقهاء لتغليب تطبيق قانون الدولة المتعاقدة فتتجلى في المواثيق الدولية هذه المواثيق التي تتجلى في

---

(١) عرف هذا الشرط باسم شرط كالفو نسبة إلى وزير خارجية الأرجنتين السابق وأستاذ القانون الدولي في جامعاتها الذي كان أول من صاغه ولقد هاجم الفقه الدولي هذا الشرط واعتبره باطلا إذ أن حق الدولة في حماية رعاياها هو حق ثابت للدولة لا لرعاياها وعلى هذا لا يملك هؤلاء التنازل عنه مسبقا . كذلك يرى فقهاء القانون الدولي إن في عدم الاعتراف بهذا الشرط ضمان لاحترام الدول لأحكام القانون الدولي، أما القضاء الدولي فقد اتخذ موقفا مترددا تجاه هذا الشرط إلا أن الرأي الغالب في الاجتهاد يذهب إلى عدم الإقرار به واعتباره باطلا ومع ذلك كله فان بعض العقود الحديثة وخاصة عقود التنقيب عن النفط مازالت تدرجه ضمن بنودها.

قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ومنها القرار رقم (١٨٠٣) بتاريخ (١٤/ ١٢/ ١٩٦٢) والقرار رقم (٣١٧١) الصادر في (١٧/ ١٢/ ١٩٧٣) والقرار رقم (٣٢٠١) الصادر في (١/ ٥/ ١٩٧٤) والقرار رقم (٣٢٨١) الصادر في (١٢/ ١٢/ ١٩٧٤) . وتعبر هذه القرارات جميعها عن الرغبة الصادقة في قطع أي روابط محتملة النشؤ بين هذه العقود والقانون الدولي وبالتالي إخضاعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة.

ومن المعروف أن القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة هي عبارة عن توصيات غير ملزمة للدول الأعضاء في الأمم المتحدة ولكنها تنقلب إلى عرف دولي إذا تكررت في مناسبات مختلفة وتصبح ملزمة وواجبة التطبيق من قبل الدول الأعضاء.

(ج) خضوع العقود الإدارية الدولية للقانون الوطني للدولة المتعاقدة بناء على تكييفها كعقود إدارية :-

تعرضنا سابقا في هذا البحث إلى تكييف عقود الدولة وفيما إذا كانت عقودا إدارية أم عقودا من عقود القانون الخاص وذكرنا أن الرأي الراجح هو تكييف عقود الدولة على إنها عقود إدارية.

بالإضافة إلى أن القضاء والفقه الفرنسي قد واجها مشكلة اعتبار العقود المبرمة مع أشخاص أجنبية من أشخاص القانون الخاص ولاسيما الشركات الكبرى عقودا دولية أم لا بكل ما يعنيه هذا المصطلح من معنى وذلك فيما لو كانت وفقا للمعايير المعروفة عقودا إدارية في نفس الوقت[1]

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى رفض تطبيق القانون الأجنبي على العقد الذي يستجمع عناصر العقد الإداري ويتصل في نفس الوقت بأكثر من عقد وبأكثر من نظام قانوني ، بمعنى أن مجلس الدولة الفرنسي رفض أن يكون

---

(١) د. أمين السيد لطفي،المحاسبة الدولية والشركات المتعددة الجنسية، الدار الجامعية، الأسكندرية، ٢٠٠٤م ، ص ٣٩٨.

العقد الإداري محلا للمنافسة بين أكثر من نظام قانوني مما ينتج عنه في النهاية عدم إمكانية كون العقد إداريا ودوليا في آن واحد وبمجرد توافر عناصر العقد الإداري في عقد من العقود فلا يمكن أن يطبق عليه إلا القانون الإداري الداخلي(١).

(د) خضوع العقود الإدارية الدولية للقانون الوطني للدولة المتعاقدة بناء على إعمال المعاهدات الدولية :-

تعتبر اتفاقية واشنطن الموقعة في (١٨/ ٣/ ١٩٦٥) والتي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات المتعلقة بالاستثمار من أهم الاتفاقيات التي حددت اختصاص قانون الدولة المتعاقدة لحكم النزاع حيث نصت في المادة (٤٢) الفقرة الأولى على انه: (١- تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختارة من الأطراف وفي حال عدم وجود اتفاق بين الأطراف فان المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في المنازعات بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالمنازعة المعروضة عليها).

ونلاحظ من نص هذه المادة أن هناك فرضين يتم من خلالهما إعمال القانون الوطني للدولة المتعاقدة:الأول، هو حالة اختيار الأطراف المتعاقدة له. والثاني ، حالة إعماله على الرغم من عدم اتفاق الأطراف على تطبيقه.

وبالإضافة إلى اتفاقية واشنطن السابقة الذكر تضمنت اتفاقية روما الموقعة في (١٩/ ١/ ١٩٨٠) المتعلقة بالالتزامات التعاقدية نصا حددت فيه العقود التي لا تسري عليها هذه الاتفاقية وحيث أن عقد الدولة لم يكن منصوصا عليه ضمن هذه العقود فهو مشمول بنصوص هذه الاتفاقية.

وحيث أن هذه الاتفاقية تنص على تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على العقد في حالة الاختيار الصريح لها من قبل الأطراف وحتى في حال غياب مثل

---

(١) S.James, The UK International Holding Company, www.Jordans.co.uk

هذا الاختيار يتم تطبيق القواعد الآمرة في قانون هذه الدولة وفي غياب الاتفاق الصريح يطبق القانون الأوثق صلة بالنزاع وهو بالتأكيد قانون الدولة المتعاقدة، بذلك نلاحظ إن اتفاقيتي واشنطن وروما قد كرستا اختصاص قانون الدولة المتعاقدة لحكم النزاع.

وعلى الرغم من الاتجاهات السابقة والتي تؤيد تطبيق القانون الداخلي للدولة المتعاقدة فقد يتم استبعاد تطبيق هذا القانون أما باسم المبادئ العامة للدول المتقدمة لعدم ملاءمته لحاجة المعاملات الدولية أو بسبب مخالفته للنظام العام.

المطلب الثاني
تسوية منازعات العقود الإدارية الدولية عبر شبكة المعلومات الدولية عن طريق التحكيم

تجرى العقود الإدارية المبرمة عبر شبكة الاتصالات الدولية بين أطراف غالبا ما يوجد بينهم تباعد في الأماكن، وقد تولد عن هذا التباعد واستخدام وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة منازعات قانونية تحتاج إخضاعها لهيئة أو محكمة مؤهلة لنظرها، أي هيئة أو محكمة تختلف عن المحاكم التي تنظر المنازعات العادية التي تنشأ عن معاملات تتم بطرق ورقية تقليدية، كما أنها تحتاج قواعد مختلفة عن القواعد القانونية التقليدية، إلا أن تسوية منازعات هذه العقود عن طريق التحكيم التقليدي ارتبطت معه بعض العقبات التي أفرزتها تطبيقات عملية لهذا التحكيم على منازعات العقود الإدارية الدولية الإلكترونية[1]، الذي دفع إلى ضرورة تطوير أسلوب التحكيم ليتناسب ويتلاءم مع الشكل الجديد لهذه العقود، فكان التحكيم الإلكتروني الذي لم يقتصر اللجوء إليه على منازعات العقود الإدارية الإلكترونية فحسب، بل وأيضا المنازعات الناشئة عن عقود تبرم بطريقة تقليدية [2]، لذا من الأهمية بمكان أن يتم التعرض لتعريف التحكيم الإلكتروني والتقليدي وتقييمهما، بالإضافة إلى مصادر التحكيم الإلكتروني، وطرق اللجوء إليه في هذا الفصل، ومن خلال

---

(١) والتحكيم إجراء قضائي من نوع خاص، يتم بأسلوب مشابه للقضاء، ويكون لحكمه قوة إلزامية على الأطراف بخصوص النزاع المطروح أمام الهيئة، كما أن التحكيم يجرى ضمن إطار قانوني دولي يتيح للأطراف حرية الاتفاق على تقييم النزاع إلى هيئة أو محكمة تحكيم، واستبعاد اختصاص المحاكم الوطنية فيما يتعلق بالنزاع، واختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بالإضافة إلى أن لحكم التحكيم حجية الحكم المقضي به، ويمكن الاعتراف به دوليا استنادا إلى اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة ١٩٥٨، انظر د. محمد إسماعيل أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص٣٦١.

(٢) د. رشا علي الدين أحمد تقي الدين، النظام القانوني لحماية البرمجيات بين تنازع القوانين والقانون الدولي الإتفاقي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٣م، ص٣٢٩.

العناصر التالية:

أولا: التعريف بالتحكيم الإلكتروني ومقارنته بالتحكيم التقليدي:

بداية، سوف نبدأ بتعريف نظام التحكيم التقليدي، ونظام التحكيم الإلكتروني، حيث تولد عن الأول نوع جديد من التحكيم يجرى عبر وسائل الاتصال الإلكترونية وهو التحكيم الإلكتروني، مما يستوجب تعريفه بالمقارنة بالتقليدي منه، وذلك من خلال التالي:

١- تعريف التحكيم التقليدي:

يمثل مرفق القضاء بالدولة الآلية العامة لتحقيق العدل بين الأفراد في ظل ضمانات معينة ، توفرها مجموعة من القواعد والإجراءات التي تكفل حل النزاع بين الأفراد [١]، طبقا للنظام القانوني السائد، أما التحكيم فهو آلية خاصة تهدف إلى تسوية منازعات الأفراد وتحقيق نوع العدل الخاص المتحرر من أغلال إجراءات وقواعد قانون الدولة[٢].

وتستند فلسفة التحكيم على مبدأ حرية أطراف العلاقة القانونية في اختيار وسيلة تسوية منازعاتها، سواء فيما يتعلق بالهيئة المكلفة بذلك، أو فيما يتعلق بنظام عمل هذه الهيئة، أو بالقواعد واجبة الإتباع في حكم الموضوع، وحرية الاختيار هذه تجعل أطراف النزاع بمنأى عن الأنظمة القانونية والقضائية الوطنية للدول، تلك الأنظمة التي تفرض إجراءات وقواعد لا تتسق – في غالب الأحوال– مع مقتضيات التجارة الدولية[٣].

كما إن ما يحدد ذاتية التحكيم – بحسبانه مفهوما من المفاهيم القانونية التي يشرعها النظام القانوني المعاصر– هو اجتماع أمرين فيه: الأول هو كونه إحدى

---

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الخاص الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠م، ص٨٣.

(٢) د.حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م، ص ٥.

(٣) د.حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٥.

المسارات التي يطرحها النظام القانوني للفصل في النزاع فصلا لا رجعة فيه لأي من طرفيه، والثاني هو كونه مساراً اتفاقياً خاصا بنزاع الطرفين اللذين اختاراه[1].

وبناء عليه، يعرف البعض التحكيم- معتمداً على طبيعته التعاقدية- بأنه" النظام الذي بمقتضاه يخول أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يعينونهم بمحض مشيئتهم"[2]

ومع اعتراف أصحاب هذا التعريف بأنه تعريف تقليدي " traditionnelle " ، إلا أنه يتسم بالإيجاز ويكشف عن الطبيعة الإنشائية للتحكيم المستمدة من طابعه العقدي contractual، حيث يولد التحكيم من اتفاق التحكيم convention d' arbitrage، كما يلقي هذا التعريف الضوء على الطبيعة القضائية للتحكيم حيث يجسدها حكم التحكيم La sentence الذي يصدر في النزاع فضلا على الطبيعة الإجرائية للتحكيم حيث يصدر هذا الحكم في خصومة حقيقية هي خصومة التحكيم[3].

لكن هذا التعريف لا يحيط بحقيقة التحكيم كاملة، لأن التحكيم إذا كان ينتهي إلى حكم يسوي النزاع بين الأطراف في خصومة التحكيم، إلا أنه قد لا يتولد من اتفاق التحكيم بل قد يتولد من نص قانوني يوجب على الأطراف حسم

---

(١) د.مصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية،١٩٩٨،ص١٨

(٢)

"L'arbitrage est l'institution par laquelle les parties confient a des arbitres ,librement désignés par elles,la mission de trancher leurs litiges"

مشار إليه في:

Voir à,Boisséson (M.),Juglart (M.),Le droit Français de juridiction,Joly edition ,Paris ,1983,p.5

(٣)

Voir à,Boisséson (M.),Juglart (M.),Le droit Français de juridiction,Op.Cit.,p.5

النزاع الذي ينشأ بينهم بطريق التحكيم[1] .

ويعرف البعض من التحكيم بأنه" نوع من العدالة الخاصة ينظمه القانون ويسمح بمقتضاه بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العام في حالات معينة كي تحل تلك المنازعات بواسطة أفراد عاديين يختارهم الخصوم كقاعدة وتسند إليهم مهمة القضاء بالنسبة لهذه المنازعات[2]

ومنهم من يعرف التحكيم بأنه" نظام قانوني يجيز للأفراد أو يوجب عليهم إخضاع ما يثور بينهم من نزاع نشأ فعلا أو لم ينشأ بعد لحكم تحكيم يصدره شخص أو أكثر ينتمي أو لا ينتمي إلى هيئة نظامية معينة وتلعب إرادة الأفراد – بدرجات متفاوتة – دورا في تسميته"[3]

والآخر يعرف التحكيم بأنه " وسيلة فض نزاع، قائم أو مستقبل"[4].

فالتحكيم قضاء خاص يقوم في أساسه الجوهري على تراض من طرفي النزاع، وقبول كل منهما لكلمة المحكمين، إلا أن التحكيم كعمل قضائي خاص مستند إلى دعامة أساسية اتفاقية صحيحة نجده بهذا لا يبدو نظاما بسيطا، بل أنه نظام مركب له استقلاله الخاص أو هيئته الخاصة [5] .

---

(١) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، بمنشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٨م، ص١٥ : ١٦.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٠م، ص١١.

(٣) د.أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥م، ص٣٦.

(٤) أ. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي " حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي"، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١م، ص٧٢.

(٥) أ. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي " حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي"، مرجع سابق، ص٧٣.

٢- تعريف التحكيم الالكتروني:

إذا كانت التجارة الدولية فرضت على أصحابها تسوية منازعاتهم من خلال التحكيم التجاري الدولي، فإن إتمام صفقات هذه التجارة عبر شبكة الاتصالات الدولية الإلكترونية تفرض تسوية المنازعات الناشئة عن تلك التجارة عن طريق التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني، إلا أن الفقه اختلف حول تعريف التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني، حيث يمكن أن نميز بين اتجاهين :اتجاه موسع يرى أن الوسيلة المستخدمة في اتفاق وإجراءات التحكيم هي ما يضفي عليه صفة الالكترونية، واتجاه مضيق يرى أن صفة العملية التي يتم على إثرها التحكيم هي المعيار المحدد للطبيعة الالكترونية له، حيث لابد أن يكون النزاع قد نشأ بسبب نشاط أو صفقة أبرمت عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية(١).

أ- الاتجاه الموسع:

يرى أصحاب الاتجاه الموسع أن التحكيم الالكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الالكتروني، فلا وجود للورقة والكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم، فيعرفه البعض أنه: " طريقة لحل النزاع تتم فيها جميع الإجراءات - بما فيها تقديم طلب التحكيم -عبر شبكة الاتصالات الدولية الإلكترونية(٢) ، كما عرفه البعض الآخر بأنه: "التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية ودون الحاجة إلى الوجود المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين".

ب- الاتجاه المضيق:

يرى أصحاب الاتجاه المضيق أنه لا يمكن وصف التحكيم بأنه إلكتروني

---

(١) المحمد عماد الدين: طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، موقع المؤتمر التجاري الدولي، ص ١٠٣٨ ، متاح على موقع الإنترنت في ١٢/٨/٢٠٠٨:
http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_research.asp

(٢)
See at, E. Yuksel Armagan, Online International Arbitration, Ankara Law Review, http://auhf.ankara.edu.tr/journals/alr-archive/ALR-2007-04-01/alr-2007-04 01 yuksel .pdf ,13.8.2008, p.84.

لمجرد استخدام شبكة الاتصالات الإلكترونية في إجراءاته، فعادة ما يتم تبادل العديد من الرسائل عبر البريد الالكتروني في إجراءات التحكيم والوساطة، وبالتأكيد لا يعد إلكترونيا لهذا السبب الوحيد، وبناءً عليه يرى هذا الرأي أنه يجب لكي يوصف التحكيم بأنه إلكتروني أن تتم الصفقات أو المعاملات محل التحكيم بطريقة الكترونية حتى نكون بصدد تحكيم إلكتروني[1] .

ولم يسلم هذا الرأي بدوره من النقد، إذ يرى البعض انه لا يوجد سبب يدعو لقصر طلب خدمة التحكيم الالكتروني وغيره من الوسائل البديلة لفض المنازعات على المعاملات التجارية التي تنشأ عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية[2]

وتري الباحثة أن التحكيم لكي يوصف بالإلكترونية لابد أن تتم جميع مراحله من أولها حتى آخرها عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية، أي أنه يجب أن يتم اتفاق التحكيم وإجراءاته ،أو صدور الحكم فيه إلكترونيا حتى نستطيع القول أن هذا التحكيم تحكيم إلكتروني.

فإذا كان ما يميز التحكيم الإلكتروني ويضع فيصل .التفرقة بينه وبين التحكيم التقليدي هو استعمال وسائل الاتصال الحديثة في إجراءاته، فإن التساؤل يطرح عما إذا كان من اللازم تمام التحكيم بأكمله عبر الوسيلة الإلكترونية لاعتباره إلكترونيا أم يكتفي لاعتباره كذلك استعمال الوسيلة الإلكترونية في أي مرحلة من مراحله؟

لم يتفق الفقه على رأي واحدى في الإجابة على هذا التساؤل، وانقسم بهذا الصدد إلى اتجاهين:

---

(١)
See at, G.Kaufmann-Kohler, Th. Schultz, Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice, Kluwer Law International edition, 2004, p.26

(٢)
See at, G.Kaufmann-Kohler, Th. Schultz, Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary JusticemOp.Cit.p.26.

الاتجاه الأول يذهب إلى أن التحكيم يعد إلكترونيا سواء تم بأكمله عبر وسائل إلكترونية أو اقتصر استعمال هذه الأخيرة على بعض مراحله فقط، وأيا كانت المرحلة التي تستخدم فيها الوسيلة الإلكترونية إذ يمكن أن يقتصر استخدام الوسيلة الإلكترونية على مرحلة إبرام اتفاق التحكيم أو مرحلة خصومة التحكيم، في حين تتم المراحل الأخرى بالطرق التقليدية كأن تعقد بعض جلسات التحكيم بحضور الطرفين ووجودهما وجودا ماديا(١)، أما الاتجاه الثاني فإنه على النقيض من الاتجاه الأول يذهب إلى أن التحكيم لا يكون إلكترونيا إلا إذا تم بأكمله عبر الوسيلة الالكترونية، إذ ينبغي أن يبدأ التحكيم باتفاق تحكيم إلكتروني، ويمر بإجراءات تحكيم تتم باستعمال وسائل الاتصال الإلكترونية، وبالمثل ينبغي أن ينتهي التحكيم بإصدار حكم إلكتروني(٢).

خلاصة القول، أن التحكيم الإلكتروني هو تحكيم لابد أن يتم بأكمله عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية، وسنده في الترجيح هو أن القول بنقيض ذلك يجعل من أي تحكيم تحكيما إلكترونيا، إذ لا يخلو أي تحكيم من استعمال وسائل الاتصال الحديثة في أي مرحلة من مراحله، كأن يتم تبليغ الطرف الآخر عبر البريد الإلكتروني أو إرسال بعض المستندات عبر الفاكس، فمثل هذه التقنيات أضحت لا غنى عنها، ولا يمكن القول أن استعمالها في أي مرحلة من مراحل التحكيم يجعل من هذا الأخير تحكيما إلكترونياً، ولا يختلف الحكم في الحالة التي تستخدم فيها الوسيلة الإلكترونية لعقد بعض جلسات التحكيم، فمثل هذا التحكيم يبقى تقليديا طالما تعقد جلسات مادية التحكيم، وطالما لا تتم إجراءاته بأكملها عبر وسيلة إلكترونية، ولعل مما يؤكد ذلك أن مراكز التحكيم الدولية جميعها تحرص على الاستفادة من التطور التقني فجميعها لها مواقع إلكترونية على شبكة الاتصالات الإلكترونية، وجميعها يمكن التواصل معها على الشبكة،

---

(١) د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص٢٠.

(٢) د. مصلح أحمد طراونة، د. نور أحمد حجايا ، التحكيم الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق- جامعة البحرين، المجلد لثاني، العدد الأول، ٢٠٠٥م، ص ٢٠٥.

إلا أنه لم تجعل من قضايا التحكيم التي تتولاه هذه المراكز قضايا تحكيم إلكتروني، وأكثر من ذلك تتيح بعض مراكز التحكيم عقد جلسات تحكيم إلكترونية، من ذلك مثلا نظام (Net Case) وهو برنامج تستخدمه غرفة التجارة الدولية في باريس يتيح لأطراف التحكيم الذي يجري وفقا لقواعد هذه الغرفة أن يتواصلوا فيما بينهم عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية في مجال آمن وخاص بهم، بحيث تكون المعلومات المتبادلة فيما بينهم مشفرة، ولا يمكن قراءتها أثناء عملية إرسالها، كما أن هذا النظام يساعد على تنظيم الملفات بحيث يوجد أرشيف لكل قضية على حدة، وفضلا عن ذلك يتيح هذا النظام لأطراف النزاع الحصول على معلومات حول إجراءات النزاع على مدار الساعة[1]، وعلى ذلك فإن التحكيم الذي يتم باستخدام نظام (Net Case) يبقى تحكيما تقليديا وليس إلكترونيا وتسري عليه قواعد التحكيم التقليدي، لأن استخدام نظام (Net Case) لا يغني عن وجود جلسات التحكيم التقليدية المادية، وإتباع الإجراءات التقليدية ، وهو ما ينفي إلكترونية التحكيم.

وبناء عليه، يمكن أن أخلص أن التحكيم الإلكتروني يمر بأربع مراحل، وهي: الاتفاق، والإجراءات، وصدور الحكم، وتنفيذ هذا الأخير، إلا أن أي مرحلة من هذه المراحل لا تكفي وحدها لإضفاء الوصف الإلكتروني على التحكيم، أي أنه لا يكفي أن يتم الاتفاق فقط عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية لإلحاق الطابع الإلكتروني بالتحكيم، وكذلك الإجراءات، وصدور الحكم، وتنفيذه، إلا أنه - من وجهة نظري- لا بد أن يتم اتفاق التحكيم وإجراءاته وصدور الحكم فيه عبر هذه الشبكة، إلا أنه ليس بشرط أن يتم تنفيذ الحكم عبرها، لأن تنفيذ الحكم يختلف الأمر فيه على موضوع الحكم، فقد يتعذر تنفيذ الحكم عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية، وقد يكون من الممكن ولكن يطلب إحدى أطراف النزاع تنفيذه خارج هذه الشبكة، وبالتالي فإن وجوب

---

(١) د.نايلة قمير عبيد، التوجهات الحديثة للتحكيم الدولي، محاضرة ملقاة في الدورة الثانية للتحكيم التجاري الدولي، المنعقدة في مركز دبي للتحكيم الدولي، في الفترة ما بين ١٢ : ١٤/ ١١/ ٢٠٠٧م، ص٦.

تنفيذ حكم التحكيم عبر هذه الشبكة ليس معيارا لإضفاء الوصف الإلكتروني على التحكيم، إذ يكفي أن يتم الاتفاق والإجراءات وصدور الحكم عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية فقط دون وجوب تنفيذه.

ويتمثل أهمية البحث في هذا الأمر في أنه قد يكشف الزمن بعد ذلك ظهور منظمات دولية معنية بالتحكيم الإلكتروني الدولي، مثل المنظمات المتخصصة بالتحكيم في الملكية الفكرية، والاستثمارات، وغيرها، والتي بالطبع سوف تضع معيار لتحديد إلكترونية التحكيمّ كي تختص به.

ومع ما تم عرضه ينبغي التنويه إلى ملحوظة هامة هنا ألا وهى: أن التحكيم الإلكتروني يفترق عن التحكيم الرقمي، فالأول يعتبر وسيلة من وسائل تسوية المنازعات دخلت فيها الوسائل الإلكترونية كبديل لاجتماع المحكمين وأطراف النزاع في مكان واحدى، بحيث يتم تداول كل موضوع النزاع عن طريق تلك الوسائل الإلكترونية، أما التحكيم الرقمي فتتم كل العملية التحكيمية من خلال برنامج معين دون أي تدخل للعنصر البشرى [1]، وهذا الأخير لا يدخل في إطار بحثنا، لذلك فإن حديثنا سوف ينصب على النوع الأول وهو التحكيم الإلكتروني بداية من الاتفاق مرورا بالإجراءات نهاية بالحكم وتنفيذه بمنهج مقارن مع التحكيم التقليدي.

ثانيا: تقييم نظام التحكيم الإلكتروني والتحكيم التقليدي

١- مميزات التحكيم التقليدي:

يذهب أصحاب التجارة الدولية إلى القول بأن تسوية منازعات التجارة الدولية يجب أن تتم بعيداً عن المحاكم الوطنية بواسطة قضاء متخصص، قضاته من رجال التجارة ذوي الخبرة بفروعها المختلفة، وهذا القضاء هو التحكيم، وذلك يرجع لتمتع هذا الأخير بعدة مزايا:

---

(١) د. عايض راشد عايض المرى، مدى حجية الوسائل التكنولوجية في إثبات العقود التجارية، مرجع سابق، ص٢٢.

سرعة الفصل في النزاع:

يتميز التحكيم بسرعته في الفصل بالنزاع وملاءمته للتطورات التي تتميز بها التجارة الدولية[1] ، ويرجع ذلك إلى بساطة إجراءات التحكيم ونهائية الحكم الصادر فيه، وعدم قابليته للطعن بأي طريق من الطرق[2] ، وهذه الميزة تفوق كثيراً ما يجرى به تداول هذه المنازعات في أورقة المحاكم الوطنية من بطء وتكدس للقضايا[3] .

وعلى الرغم من أن العديد من النظم القانونية تحرص على سرعة الفصل في النزاع المعروض على هيئة التحكيم، نجد أن القليل منها يعطل سير خصومة التحكيم بالتدخل القضائي في بعض المسائل القانونية المرتبطة بسير خصومة التحكيم، وذلك ما يدفع الخصوم إلى اللجوء إلى عقد جلسات التحكيم في دولة تساهم تشريعاتها في زيادة سرعة الخصومة التحكيمية[4]

سرية جلسات التحكيم:

الثابت أن أصحاب التجارة الدولية يرفضون مبدأ علانية الجلسات المقرر في ساحات المحاكم، لذلك يحرصون على الحصول على السرية التامة المتوافرة في طريق التحكيم، لاقتناعهم أن السرية تحد من تضخم النزاع وتؤدي إلى التسوية الودية، وتحافظ على سمعتهم التجارية في المجتمع الدولي .

وتأكيداً لذلك، نجد أن جلسات التحكيم تقتصر على المحكمين وأطراف النزاع وربما الخبراء والشهود في بعض الأحيان، على عكس الأمر في جلسات المحاكم التي تتم أمام الجمهور.

---

(١) د.صالح المنزلاوي، تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصالات الإلكترونية، بحث على شبكة المعلومات العربية القانونية، ٢٠٠٥م، ص١، عبر موقع:
http://www.eastlaws.com., 12.3.2008.

(٢) د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص٣٢.

(٣) د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص٣٣

(٤) د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٣٣.

بساطة إجراءات التحكيم:

الثابت أن التحكيم يعطي للخصوم إمكانية مناقشة نزاعهم بلغة فنية مرنة أو عادية، دونها ثمة حاجة لاستعمال اللغة القضائية وما تتسم به من تعقيد وغرابة بالنسبة لهم، حيث إن المعالجة التحكيمية للنزاع تتسم بالحرية والسعة، على عكس المعالجة القضائية لذات النزاع الذي يتسم بالتعقيد والتقييد، حيث إن القضاة دائما يبحثون عن الدليل المثبت لأمر معين،قد لا يحتاج لإقامة الدليل عليه في نظر رجال الأعمال الدوليين، والمحكمين.

سهولة تنفيذ أحكام التحكيم في الخارج:

من الأسباب التي تدفع التجار الدوليين إلى تجنب اللجوء إلى المحاكم الوطنية، أن الأحكام التي عسى أن تصدر عنها، لن يتم تنفيذها خارج الدولة التي صدرت هذه الأحكام من محاكمها، ومن هذا المنطلق يفضل أصحاب التجارة الدولية اللجوء مباشرة إلى التحكيم، حيث يسهل تنفيذ الحكم التحكيمي في الخارجوفقا لاتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية حيث تتمتع هذه الاتفاقية بقبول دولي يقرب من العالمية، بما تمنحه للدول الأعضاء من إمكانية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها خارج الدولة التي صدر فيها الحكم[1]، وهي بذلك تزداد أهميتها بنمو وازدهار التجارة الدولية، نظرا لما تتمتع به هذه الأخيرة من طابع عالمي عبر دولي[2].

نهائية الحكم التحكيمي:

يعمل نظام التحكيم علي ضمان المستقبل التنفيذي للحكم أو للقرار التحكيمي، وذلك من خلال أمرين لا يتوافران لحكم القضاء، وهما:عدم الطعن في حكم التحكيم لدى أغلب الأنظمة القانونية، إفلاته من المراجعة والرقابة من

---

(١) د.صالح المنزلاوي، تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصالات الإلكترونية، مرجع سابق، ص٩

(٢) اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة ١٩٥٨م، انظر: http://www.aiadr.com

قبل قضاء أعلى.

وتأكيدا لذلك، نجد أن لوائح هيئات ومراكز التحكيم وقوانين التحكيم الوطنية تقرر أن حكم التحكيم يكون نهائيا وملزما لأطرافه، وتطبيقا لذلك، نجد المادة ٥٢/ ١ قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية تنص علي أنه (لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن بأي طريق من الطرق المنصوص عليها في قانون المرافعات المصري..........) [١].

الطبيعة التوفيقية للحلول التي يفرضها التحكيم على الأطراف:

يتمتع المحكمون بمهارة معينة لا يتمتع بها قضاة الدول المختلفة، ألا وهي القدرة على تسوية منازعات عقود التجارة الدولية عن طريق ابتداع حلول مستلهمة من واقع الحياة التجارية الدولية، وما تحويه من أعراف وعادات ومبادئ.

ويرجع ذلك أن المحكمون يطبقون القانون بطريقة مرنة، يعجز القضاة عن إعمالها، حيث يستطيع المحكمون تنحية القانون جانبا والحكم في المسألة وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف، وذلك للإبقاء على مجتمع التجارة الدولي وتدعيم قوته[٢].

وقد أكد على ذلك الفقيه" Richard Hill " في مثال قد ضربه بخصوص هذه المسألة ، وهي قضية "البرتقال"، فلو فرض أن شخصين تنازعا على صفقة برتقال ويريد كل منهما الفوز بها، فإذا ما سلك هؤلاء الأطراف الطريق القضائي سيحكم في هذه القضية لصالح إحدى الأطراف على الطرف الآخر، ولكن إذا سلك طريق التحكيم ، فسوف يقوم المحكم بسؤال كل من الطرفين عما الغرض

---

(١) د. هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٩٩

(٢) قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، على الموقع:

www.jeeran.com.

من حصوله على صفقة البرتقال، فإذا أراد إحداهما البرتقال لعمل عصير فسوف يعطيه لبها، وإذا أراد إحداهما البرتقال لعمل عطر فسيعطيه قشرها، حيث بتلك الطريقة سوى المحكم النزاع بين كل من الطرفين دون أن يحكم بصفقة البرتقال لإحدى الأطراف على حساب الآخر[1]

- **قلة تكاليف التحكيم مقارنة بالقضاء:**

إن سلوك طريق التحكيم لا يكلف أطراف النزاع مبالغ باهظة في سبيل الحصول على تسوية للنزاع مقارنة بالطريق القضائي، حيث نجد كثير من رجال الأعمال الدوليين يلجئون إلى التحكيم نظرا إلى قلة تكلفته مقارنة بالطريق القضائي الذي يستنفد الكثير من المال والوقت في جميع مراحله للحصول على حكم قضائي محصن.

ولا نزعم بذلك أن التسوية في مراكز التحكيم الدولية قليلة التكلفة في حد ذاتها، ولكن تعتبر قليلة مقارنة بالطريق القضائي، مع الحصول على حكم نهائي في النزاع وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من الطرق.

- **تجنب المشاكل القانونية المرتبطة بتطبيق قواعد الاختصاص القضائي القانوني الدوليين:**

قد صاحب الازدياد المتسارع في حجم التجارة الدولية زيادة في حجم ومعدل الخلافات الناجمة عن العمليات التجارية، والتي غالبا ما تخضع لنظم قانونية مختلفة نظرًا للطبيعة الدولية لهذه التجارة، الأمر الذي يترتب عليه وقوع تنازع قانوني وقضائي في المسألة المطروحة، والتي يعتبر من الصعوبة بمكان حلها؛ نظرا لاختلاف قواعد الإسناد من دولة لأخرى، ويتجلى دور التحكيم التجاري الدولي- سواء الالكتروني أو التقليدي- في تمكين الأطراف من تجنب هذه المسألة الصعبة وغير مؤكدة النتائج، حيث يتم الاتفاق بين الأطراف على

---

(١) See at,R.Hill,The theoretical basis of Mediation and other forms of ADR: Why they work, Arbitration international,Vol 14,No 2,1998,p.181

القانون الواجب التطبيق سواء على موضوع النزاع أو الإجراءات بطريقة صريحة أو بالإحالة إلى لائحة مركز تحكيم معين[1].

ويساعد التحكيم الخاص الدولي على تجنيب أطراف التجارة الدولية مسألة عدم مسايرة القانون والقضاء لعقود التجارة الدولية من جهة، وعدم الاعتراف بهذه العقود من جهة أخرى [2].

٢- مميزات التحكيم الإلكتروني مقارنة بالتحكيم التقليدي:

- **توافر الخبرة المعلوماتية لدى المحكمين:**

إن عرض النزاع على محكمين ذوي خبرة فنية خاصة بالمعاملات الإلكترونية تسهل في تسوية المنازعات الناشئة عنها، على عكس الأمر إذا ما عرض النزاع على القاضي الذي في الغالب لا يكون لديه الخبرة الفنية الخاصة بتلك المعاملات.

ويرجع ذلك أن كثير من منازعات عقود التجارة الدولية الإلكترونية تتسم بطبيعتها الفنية الخاصة، بحيث لا يستطيع فهمها إلا خبير فني متخصص، وبالتالي نجد في الغالب إحدى أعضاء هيئة التحكيم خبير في التجارة الدولية الإلكترونية إذا ما ثار نزاع بشأنها.

- **تيسير الاتصالات بين أطراف الدعوى التحكيمية والمحكمين والخبراء:**

إن التحكيم الإلكتروني يوفر على أطراف الدعوى التحكيمبة والمحكمين والخبراء تكلفة الانتقال من بلد إلى بلد لحضور جلسات التحكيم أو تقديم الأوراق المطلوبة من قبل هيئات التحكيم، إذ أن أغلب منازعات التجارة الالكترونية تتم بين أطراف تختلف جنسياتهم وتتباعد أماكن إقامتهم، وفي

---

(١) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، "التحكيم بواسطة الإنترنت، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، بدون سنة نشر، ص٣٥.

(٢)
See at, Ph.Gilliéron: From Face-To-Face To Screen-To-Screen Real Hope Or True Fallacy?, http:// works.bepress.com/cgi/viewcontent .cgi?article= 1000& context =philippe_gillieron , 15.9.2008.p.11.

هذا الصدد يرى البعض أن الوسائل البديلة لتسوية المنازعات عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية، لا سيا التحكيم الالكتروني، تساعد على تسوية المنازعات في مختلف المناطق الجغرافية المعزولة التي يتعذر على الأطراف فيها السفر، أو وفي الحالات التي لا يرغب فيها الأطراف بالتقابل وجها لوجه(١).

- **التقليل من التكلفة الباهظة الناتجة عن طول فترة إجراءات التحكيم التقليدي:**

إن التحكيم الإلكتروني يحقق قيمة اقتصادية هامة بالنسبة لأصحاب التجارة الدولية بما يوفره لهم من تكلفة ووقت مقارنة بالتحكيم التقليدي، حيث يلعب عامل الاقتصاد في الوقت والتكلفة دور هام في التجارة الدولية سواء التقليدية منها أو الإلكترونية، وبتلك المثابة يساهم التحكيم الإلكتروني في خفض التكاليف المرتبطة بعملية التحكيم، إذ لا يحتاج أي من المحتكمين ولا الشهود والمحكمين إلى التنقل من دولة لأخرى، وبالتالي يمكن توفير مصاريف الإقامة في الفندق وحجوزات الطيران وغيرها من المصاريف، بالإضافة إلى رسوم المحاكم والخبرة، فضلا عن إسهام التحكيم الالكتروني في حسم النزاع في مدة قصيرة، وبالتالي خفض النفقات وعدم تكبد طرفي المنازعة نفقات أو تكاليف كبيرة قد تؤدي إلى توقف العلاقة التجارية فيما بينهم (٢)، كما يمكن القول بقلة تكلفة التحكيم الإلكتروني مقارنة بالتحكيم التقليدي حيث تسمح كثير من المؤسسات التحكيمية التي تعمل عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية بعمل نظام تحكيم معجل لا يزيد صدور الحكم فيه على شهر واحدى، ولكن بيكون ذلك مقصوراً على الشكاوى الصغيرة التي لا تستهلك عادة مجهود كبير من جانب المحكمين (٣).

---

(١)

See at, Ph.Gilliéron: From Face-To-Face To Screen-To-Screen Real Hope Or True Fallacy, Op.Cit., p.10.

(٢)

See at, Ph. Gilliéron, From Face-To-Face To Screen-To-Screen Real Hope Or True Fallacy Op.Cit,p.10

(٣)

See at, for exemple, the electronic cost calculator of the ICC, online at,

=

سهولة إرسال ونقل الوثائق والمستندات المطلوبة في العملية التحكيمية عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية دون الدخول في مشقة الإرسال البريدي التقليدي الذي قد يستنفذ الكثير من الوقت[١].

أن هيئات التحكيم التقليدية تختلف عن التحكيم الالكتروني في أن هذا الأخير متاح على مدار أربع وعشرين ساعة في اليوم و سبعة أيام في الأسبوع، هذه الميزة تمكن الأطراف من إرسال رسائل البريد الالكتروني أو الاتصال في أي وقت دون الاضطرار إلى تكبد عناء السفر لمسافات طويلة إلى هيئات التحكيم الدولية، ويمكنهم أيضا ممارسة التحكيم الالكتروني من أي مكان دون قيد، حيث يتم ذلك بواسطة جهاز الكمبيوتر في المنزل أو في العمل أو أي مكان آخر، فأصبح بإمكان أطراف النزاع والمحكمين التواصل بشكل مباشر دون الوجود الفعلي في نفس المكان[٢].

٣- عيوب التحكيم الإلكتروني:

على الرغم من المزايا التي يحققها التحكيم الإلكتروني، إلا أن له بعض المساوئ والعيوب، وهي:

السرية "Confidentiality"

تعتبر السرية في التحكيم الالكتروني سلاح ذي حدين، حيث يحصل الأطراف المحتكمون على حق الدخول إلى الموقع الالكتروني لمركز التحكيم بكلمة مرور(password) خاص بهم، لإتمام إجراءات لازمة في سير

=

http:// www.
iccwbo.org/court/englishlcost_calculator/cost_calculator.asp,22.2.2009

(١) See at, the electronic cost calculator of the ICC,Op.Cit.

(٢) See at, I. manevy, Online dispute resolution: what future?, on line at, http:// www.ombuds.org/ cyberweek2002/manevy_odr01.pdf , 23/9/2008 ,p.46

الدعوى، أو لتبادل الوثائق والحجج إلى حين صدور الحكم[1] ،إلا أن هناك أشخاص أخرى – مثل الخبراء الفنيين مثلا– يتطلب دخولهم إلى الموقع الحصول على الأرقام السرية، وهذا ما يعني أن معرفة الأرقام السرية لم تعد قاصرة على أطراف النزاع وحدهم وهو ما يشكل تهديدا لسرية التحكيم[2]

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، هناك بعض الأشخاص المحبين للاختراق إلى المواقع " Crackers"، والعبث في أسرار أصحاب التجارة الدولية، خصوصا أصحاب الشركات التجارية الكبرى، وذلك ما يمثل تحديا لميزة السرية التي يمنحها التحكيم الإلكتروني لأطرافه.

وإني اتفق مع الرأي الذي لا يرى مبرراً لهذا التخوف، إذ أن الجهة التي تزود الأطراف بكلمة السر هي نفسها المختصة بالتحكيم، كما أن معظم الصفقات التي تتم عبر الانترنت ذات قيمة بسيطة لا تحتاج إلى سرية خاصة لحماية أصحابها، إلا أن الصفقات الكبيرة التي تتم عبر الإنترنت لا بد من زيادة الحماية لأصحابها، ومنهم أطراف التحكيم الإلكتروني، وذلك من خلال تطوير تقنية تشفير وقائية تمنع المتطفلين والمخربين من القيام بأي اختراق[3]

عدم ملاءمة القوانين Inadequate laws

على الرغم من أن التجارة الالكترونية عبر دولية بطبيعتها إلا أنه لا يوجد إلى الآن نظام قانوني خاص على المستوى الدولي بشأنها، الأمر الذي يعني بقاءها محكومة بقوانين وطنية مختلفة ومتعارضة.

---

(١) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت، مرجع سابق، ص٦٦.

(٢) النعيمي آلاء يعقوب، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، موقع المؤتمر التجاري الدولي، ص ٩٧٦ ، متاح على الموقع الآتي في ٢٠/٨/٢٠٠٨م:
http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_research.asp

(٣) سعد عاصم عبد الجبار، الإثبات في قانون المعاملات الالكترونية وقانون المعاملات المدنية والتجارية، ص٢١، متاح على شبكة الإنترنت في ١٨/ ٣/ ٢٠٠٨م:
www.ita.gov.om/ITAPortal_AR/Data/ImgGallery/FID200812383916827/doc.

حتى ولو فرضنا اعتمادنا على التحكيم في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، فإن معظم القوانين التي تنظمه كأسلوب لفض المنازعات تشترط شكلية معينة لإبرام اتفاق التحكيم وشكلية معينة لإصدار قرار التحكيم وشروط معينة لتنفيذ حكم التحكيم، وقد يكون من المتعذر استيفاء التحكيم الإلكتروني لكل ما تتطلبه تلك القواعد من شكليات وشروط بحكم أنها قواعد وضعت أصلاً لتنظيم تحكيماً تقليدياً يتم بوسائل وإجراءات تقليدية، وفي هذه الحالة لن يكون التحكيم الإلكتروني مجدياً، فعدم استيفائه الشروط الشكلية والقانونية اللازمة يؤدي إلى عدم تنفيذ حكم المحكم.

ولا يقف الحد عند عدم ملائمة القوانين ومواكبتها للتطور السريع للمعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت فحسب[1]، بل إن أسئلة جديدة فرضتها طبيعة التعاقد عبر الانترنت بحاجة إلى أجوبة :كتحديد مكان وزمان التحكيم والذي يترتب عليه آثار مهمة لاعتبارات التنفيذ والاعتراف بالحكم، حيث هناك ضوابط عديدة لتحديد مكان وزمان التحكيم يصعب تطبيقها عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية، وهذا ما يدفع أطراف التحكيم في مرحلة التفاوض على الاتفاق مسبقا على تحديد مكان وزمان صدور الحكم.

- **الفجوة الرقمية** digital divide .[2]

تعتبر الفجوة الرقمية بين الدول الناشئة في استخدام التكنولوجيا والدول المتقدمة من إحدى العوائق الرئيسة المهمة للتحكيم الإلكتروني، بل أن هذا التفاوت يكون أيضا في داخل الدول المتقدمة ذاتها، فالأشخاص الذين يعيشون في المناطق النائية والريفية في كثير من الأحيان لا يحصلون على

---

(١) د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت، مرجع سابق، ص ٦٨

(٢) هي عبارة عن فجوة بين من لديهم الإمكانيات لاستخدام الحاسوب ومن هم أقل حظا من هذه الناحية، انظر، طلال أبو غزاله، الجمعية الدولية للملكية الفكرية INTA الاجتماع السنوي الخامس والعشرون بعد المائة INTA للأمم المتحدة وأهمية العلامات التجارية لحسر الفجوة الرقمية، ص ٧، متاح في ٢٨ / ٩ / ٢٠٠٩ :
www.tagorg.com/download_file.aspx?file_id=127

مستوى مناسب للاتصالات السلكية واللاسلكية وهو ما يؤثر على حق المواجهة والاستماع والاستجابة لعروض الطرف الآخر، هذا بالإضافة إلى الحواجز اللغوية، حيث إن عدد قليل من مراكز التحكيم الالكتروني لا تولي اهتمام كاف لمشكلة الاختلافات الثقافية واللغوية، بحكم أنها – في الغالب- تعتمد على اللغة الانكليزية فقط، وعدد قليل جداً منها يوفر خدمة ثنائية اللغة أو متعددة اللغات[1].

ثالثا: تسوية منازعات العقود الإدارية عبر شبكة المعلومات الدولية عن طريق التحكيم الإلكتروني:

يشتبه التحكيم الإلكتروني مع التحكيم التقليدي في أنه طريق لحل المنازعات يتفق الأطراف بمقتضاه بأن يخضعوا منازعاتهم إلى شخص محايد يفصل فيها بحكم تحكيمي يتم تنفيذه جبرا إذا رفض الأطراف تنفيذه اختيارا، إلا تأثر الطريقة التي تسير عليها خصومة التحكيم بوسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة ارتبط معها كثير من المسائل القانونية التي يستدعي بحث وتحليل في هذا المقام، ومنبع هذه المسائل تساؤل هام " هل التشريعات التي وضعت أصلا لتنطبق على التحكيم التقليدي تصلح للتطبيق على التحكيم الإلكتروني ؟"، وأول مسألة في هذه المسائل هي انعقاد خصومة التحكيم الإلكتروني التي سوف ندرس فيها متى تبدأ إجراءاتها، وتشكيل هيئة المحكمين فيها، وصفاتهم، ثم نتعرض بعد ذلك للقانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني على إجراءاته وموضوعه، ، وآخر هذه المسائل هي تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني من حيث شروطه ، وإجراءاته، وضمـاناته، وذلك من خلال العناصر التالية:

- **انعقاد خصومة التحكيم الإلكتروني**

يتطلب تحريك خصومة التحكيم . انعقادها قيام المدعي فيها بإجراء

---

(١)
See at,E. Clark , G. Cho, Law and technology: what does the future hold for ADR?,online at ,www.iama.org.au/pdf/jlv20n03.pdf, 22/9/2008 p. 6.

يستهدف إعلان رغبته في تحريك التحكيم إلى كل من الخصم والهيئة، بمعنى آخر تنعقد الخصومة بإعلان إحدى أطراف النزاع رغبته في تحريك إجراءات التحكيم إلى الطرف الآخر، وهذه الرغبة ما هي إلا تصرف إرادي تنشأ به خصومة التحكيم، إلا أن بداية انعقاد أو تحريك خصومة التحكيم الإلكتروني المبنية على هذا التصرف الإرادي- وهو رغبة الخصوم في اللجوء إلى التحكيم- أضافت كثير من المسائل القانونية الجديدة على التحكيم التقليدي، والتي تحتاج إلى بحث في هذا المقام، لذلك سوف نبدأ بكيفية بدء إجراءات التسوية التحكيمية، ثم لتشكيل هيئة التحكيم الإلكترونية، وذلك من خلال التالي:

أولا: بدء إجراءات التسوية التحكيمية إلكتروني

إن بدء إجراءات التحكيم الإلكتروني يكون بتقديم طلب لإحدى المراكز الإلكترونية الخاصة بتسوية المنازعات عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية، إلا أنه من الأمور المهمة قبل البدء في إجراءات التحكيم هو أن يحدد المدعى المدعى عليه بشكل دقيق، بالإضافة إلى تحديد موضوع النزاع الذي يرغب الأطراف في إخضاعه للتحكيم، حيث إن إعداد هذا الطلب يتطلب عناية فائقة لأن تعديله بعد ذلك يخضع للسلطة التقديرية للمحكم[1].

ولقد نصت المادة "١" من القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية بباريس "C.C.I" أن طلب تسوية النزاع من خلال التحكيم يرسل إلى السكرتارية ويخطر به المدعى عليه"، وكلمة "ADDRESSER" المذكورة في نص هذه المادة يقصد به الرسائل البريدية أكثر من الاتصال الإلكتروني، إلا أنه لا يستبعد إمكانية تقديم الطلب إلكترونياً، وذلك ما نستنتجه المادة "٣/ ٢" من ذات القواعد، فبعد أن نصت على إجرائه بالبريد أو الفاكس وغيرها، أضافت

(١)
Voir à, **Huet (J.), Valmachino (S.),** Réflexion sur l'arbitrage électronique le commerce international, Gazette du Palais édition, Doctrine, Paris, 2000,p.10.

١- أن تكون الوثيقة منظمة من قبل شخص مسئول ومخول بذلك قانونا
٢- أن إرسال المستندات إلكترونياً يتم باستخدام تقنيات التشفير
٣- توفير صيانة معقولة لنظام تشغيل[١]

٢- التبادل الإلكتروني للمستندات في التحكيم الإلكتروني:

يتم نظام إرسال وقبول المستندات إلكترونياً في نظام التحكيم الإلكتروني عبر نظام (EDAR) وهو ترجمة "Electronic Documents Acceptance And Routing System"، حيث يسمح هذا النظام بفتح قنوات اتصال بين أطراف النزاع والمحكمة التحكيمية من خلال نظام النافذة الإلكترونية التي يتم خلالها إرسال مستندات القضية وسداد رسومها[٢]

وباستخدام نظام النافذة الإلكترونية يستطيع المحكمون والمحامون عن أطراف النزاع، أو أطراف النزاع ذاتهم الدخول على كافة صيغ الدعاوى الملزمين بملء البيانات الموجودة فيها الموجودة على صفحة الويب ثم يرفق بها " attach " أي ملفات إضافية. يحتاج أن ترفق مع صحيفة الدعوى، ويتم وضع هذه المستندات والملحقات في ظرف للبيانات الإلكترونية" electronic data envelope"، الذي يقوم بحفظها فيها،حيث إن هذا النظام صُمِم خصيصاً لنظام التحكيم الإلكتروني[٣].

---

(١) راجع، نظام التحكيم الصادر عن الهيئة الدولية للتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، باريس، فرنسا، غرفة التجارة الدولية، الإيداع القانوني في سبتمبر ٢٠٠٤م، وهى متاحة باللغة العربية على الموقع الإلكتروني:
http://www.iccwbo.org/count/english/arbitration/pdf_document/rules/rules/_arb_arabic.seId.Arts18(2-3-4). 22 .2. 2002.

(٢)
See at, E-Arbitration-T, Online Arbitration: What Technology can do for Arbitral Institutions, "http://e-arbitration-t.com", available online, http://people.brunel.ac.uk/~ csstade/eat/urbrun-2052-1/urbrun-2052-1.pdf, 20.1. 2003, p.5.

(٣)
See at, E-Arbitration-T, Online Arbitration: What Technology can do for Arbitral Institutions, Op. Cit., p.6.

٢ - الحجية القانونية للبريد الإلكتروني في سير العملية التحكيمية:

عند تقديم صحيفة الدعوى التحكيمية ومستنداتها، يقوم الموظف المختص بفحص الصحيفة والمستندات ليقرر قبولها من عدمه، وفى الحالتين يرسل رسالة بالبريد الإلكتروني إلى أطراف النزاع أو محاميهم يفيده بالقبول من عدمه، بما يدفعنا إلى التساؤل عن مدى الحجية القانونية للبريد الإلكتروني في سير العملية التحكيمية؟.[١]

تختلف الحجية القانونية للبريد الإلكتروني في الإثبات بحسب ما إذا كان موقع عليه بالتوقيع الإلكتروني، أو موصى عليه بعلم الوصول.

- **الحجية القانونية للبريد الإلكتروني الموقع عليه بالتوقيع الإلكتروني:**

إن رسالة البريد الإلكتروني الممهورة بتوقيع إلكتروني تتمتع بحجية كاملة في الإثبات لا تقل عن حجية المحرر العرفي، بحيث يتعين على القاضي أن يعتد بالرسالة الإلكترونية كدليل كتابي كامل دون أن يكون له سلطة تقديرية حياله، غير أنه قد يحدث تعارض بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي بحيث يتعارض مضمون المستندين، وفى هذه الحالة تثور مسألة الترجيح بين المحرر الورقي والمحزر الإلكتروني، ولأي منهما تكون الأفضلية كدليل إثبات حاسم في النزاع[٢].

ولقد واجه المشرع الفرنسي هذا الفرض بأن ترك لقاضى الموضوع سلطة تقديرية واسعة في تقدير أي الدليلين أولى بالترجيح، أيا كانت الدغامة التي يثبت عليها المحرر، فقد جاء نص المادة ٢/١٣١٦ من القانون المدني المعدلة بالقانون الصادر في ١٣ مارس ٢٠٠٠ على أنه" إذا لم يكن هناك نص أو اتفاق

---

(١)

See at, E-Arbitration-T, Online Arbitration: What Technology can do for Arbitral Institutions, Op. Cit., p.9.

(٢) د.محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات "مكانة المحرر الإلكتروني بين الأدلة الكتابية"، مرجع سابق، ص ٢٥٨.

بين الأطراف يحدد أسساً أخرى، فإنه على القاضي مستخدماً كل الوسائل أن يفصل في التنازع القائم بين الأدلة الكتابية عن طريق ترجيح السند الأقرب إلى الاحتمال أيا كانت الدعامة المستخدمة في تدوينه"[1].

على أن سلطة القاضي التقديرية في الترجيح بين الدليلين يحدها بعض الضوابط، فمن ناحية يتعين وجود اتفاق بين الأطراف، أو نص قانوني ينظم ويحدد الدليل المقبول في الإثبات، وأيضاً يجب أن تتوافر في المحررات المتعارضة الشروط المتطلبة قانوناً لاعتبارها دليلاً كتابياً كاملاً، فإذا كان مثلاً إحدى المحررين لا يحمل توقيعاً فيتم استبعاده، وبالتالي فلا مجال للترجيح بين المحررين[2].

ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه، ما هو نوع المحرر المكتوب الذي يشكله البريد الإلكتروني والموقع عليه بالتوقيع الإلكتروني؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضى الرجوع إلى تعريف المحرر الرسمي والعرفي وفق قانون الإثبات المصري، والذي عرف المحرر الرسمي بأنه" المحرر الذي يصدر عن موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة وذلك في حدود سلطته واختصاصه" وطبقاً للأوضاع القانونية لتوثيق الأوراق الرسمية"، كما عرف المحرر العرفي بأنه" المحرر الذي يتم بين الأفراد طبقاً للعادات ودون تدخل من قبل موظف رسمي " (المادة ١٤ إثبات)، وعليه تعتبر رسالة البريد الإلكتروني التي تحمل توقيع صاحبها محرر عرفي في مجال الإثبات، أما مقدم خدمة البريد الإلكتروني فتنحصر وظيفته فقط في إصدار شهادات التصديق الإلكتروني لمن يطلبها"[3].

---

(١) د. عبد العزيز المرسى حمود، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص٩٦.

(٢) د. عبد العزيز المرسى حمود، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني، المرجع السابق، ص٩٦.

(٣) د. عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص٦٦.

الحجية القانونية للبريد الإلكتروني الموصى عليه:

أن استخدام البريد الموصى عليه يقدم العديد من الفوائد منها، إثبات عملية الإرسال حيث تتم عن طريق موظف عام، وإثبات عملية الاستلام حيث إن موظف البريد المختص يحصل على توقيع المرسل إليه ويقوم بإثبات ذلك في سجلاته، كما يفيد إثبات هوية الأطراف[1] ويمكن تطبيق تلك المبادئ على البريد الإلكتروني الموصى عليه بشرط وجود علاقة بين أشخاص ثلاثة هم " المرسل، والمرسل إليه، والطرف الثالث مقدم الخدمة".

حيث يقوم المرسل بتعيين هويته لدى مقدم الخدمة- الذي يقوم بدور مصلحة البريد- عن طريق الحصول على شهادة مصدق عليها من مقدم الخدمة التي يتم تبليغها للمرسل إليه في علم الوصول الذي يقدم إليه للتوقيع عليه حتى يرد مرة أخرى للمرسل، ويقوم مقدم الخدمة بإرسال إيصال للمرسل يثبت حقيقة الإرسال وعنوان المرسل إليه وساعة وتاريخ الإرسال البريدي[2].

وبعد ذلك يرسل مورد الخدمة رسالة إلكترونية إلى المرسل إليه يخطره فيها بأن له رسالة يمكن تحميلها من على الموقع الإلكتروني الخاص بمورد الخدمة، ويقوم المرسل إليه بالدخول في هذا الموقع ويبدأ الإجراءات المطلوبة لتعيين هويته بواسطة شهادة التصديق الإلكتروني أو اسم الدخول وكلمة المرور، ثم يضغط المرسل إليه على أيقونة معينة فيتم تحميل الرسالة، عندئذ يقوم مقدم الخدمة بإرسال علم الوصول إلى المرسل مبيناً به تاريخ وساعة إطلاع المرسل إليه على الرسالة[3].

ووفق هذا التصور فإن البريد الإلكتروني الموصى عليه يؤدى نفس وظائف البريد التقليدي، بل إنه أفضل منه، وذلك في أن البريد التقليدي لا

(١) د. عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، مرجع سابق، ص٧٠.

(٢) د. عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، مرجع سابق، ص٧٣.

(٣) د. خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني "الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم"، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص١٣٨.

يحمل الدليل على قيام المرسل إليه بقراءته بالرغم من تسلمه له، في حين أن البريد الإلكتروني الموصى عليه يقدم إمكانية إثبات أن المرسل إليه تسلمه وقام بفضه وقراءاته وساعة وتاريخ القراءة[1].

وبناءً على ما سبق ذكره، فإن البريد الإلكتروني بنوعيه الموقع بتوقيع إلكتروني، أو الموصى عليه له حجيته في الإثبات في سير العملية التحكيمية، حيث يمكن الاعتماد عليه مثله في ذلك مثل البريد التقليدي في آثاره وحجيته، فأي مستند أو إخطار أو إبلاغ يُحَمَّل من خلال البريد الإلكتروني لازم لسير العملية التحكيمية، يعترف بها وفقا للقانون المصري، ويترك وفق السلطة التقديرية للقاضي في القانون الفرنسي.

٣- شروط رفع دعوى التحكيم إلكترونياً:

إن رفع دعوى التحكيم إلكترونياً لابد له من شروط[2] ، وهذه الشروط تنحصر في الآتي:

أ- استيفاء بيانات صحيفة الدعوى الإلكترونية التحكيم وهي: اسم المدعى واسم المدعى عليه ثلاثيا وعنوان كل منهما وموطنه، والمقر الرئيس لمركز أعماله، وبريده أو عنوانه الإلكتروني، وبيان بالوقائع المؤيدة لادعاءاته في الدعوى، المسائل أو النقاط محل الخلاف أو النزاع، الطلبات.

وإذا ما قدمت هذه الصحيفة مستوفية هذه البيانات تقوم سكرتارية مركز التحكيم بقيدها في السجل الإلكتروني المخصص لقيد صحف الدعاوى بعد إرفاق ما يفيد سداد الرسوم المقررة قانونا، وصور إلكترونية من الصحيفة بقدر عدد المدعى عليهم، وأصول المستندات، ومذكرة شارحة للدعوى وصور منها.

---

(١) د. خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني" الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم"، المرجع السابق، ص١٣٩ .

(٢)

See at, D.Bernard, JR.Reams, The Law of electronic contracts, Lexis Nexis edition, Canada, 2002, p.150.

ب- تحديد الأشخاص المصرح لهم بالدخول إلى نظام المعلومات، كالمحكمين، وموظفو مركز التحكيم، والمحامون، والخبراء، وغيرهم من الأشخاص الذين لهم علاقة بالدعوى التحكيمية، وذلك بغرض منع الأشخاص الغير مرخص لهم من اختراق نظام المعلومات والإطلاع على مستندات الدعوى التي قد تكون سرية.

ج- تحديد وبيان الإجراء المستخدم في التحقق من شخصية المحامين وأطراف النزاع عن طريق إدخال اسم المستخدم وكلمة المرور الخاصة به[1]

د- استخدام نظام إرسال وقبول المستندات الإلكترونية (EDAR) وهو اختصار " Electronic Documents Acceptance and Routing System"، وهو نظام إلكتروني خاص يسمح بالتواصل الإلكتروني بين أطراف النزاع والمحكمين عبر النافذة الإلكترونية.

هـ- أن يكون لدى أطراف النزاع جهاز كمبيوتر متصل بشبكة الإنترنت، موجود عليه برامج مستعرضة للمواقع الإلكترونية مثل برنامج (Netscape Navigator)، وبرنامج (Net (Explorer، وبرنامج قراءة الملفات (Adobe Acrobat Reader)[2].

وإذا ما توافرت هذه الشروط لرفع دعوى التحكيم إلكترونياً، يبدأ مركز التحكيم أول خطوات تسوية النزاع، وهو تشكيل هيئة التحكيم الإلكترونية، وذلك ما سوف نلي شرحه تباعا.

---

(١)
See at, D.Bernard ,JR.Reams , The Law of electronic contracts ,Op.Cit., p.151.

(٢)
See at, D.Bernard, JR.Reams, The Law of electronic contracts, Op.Cit., p.152.

ثانيا: بداية تشكيل هيئة التحكيم الإلكترونية

بداية إن التحكيم نظام قضائي خاص، يختار فيها المحتكمون قضاتهم، بمقتضى اتفاق خاص مكتوب، يعهدون به إليهم في تسوية منازعاتهم بحكم ملزم، ومن هذا التعريف يبدو جليا أن المحكمين، وعلى خلاف قضاة محاكم الدولة، يختارهم الأطراف، ولا يفرضون عليهم، بل إن هذا الاختيار ذاته هو مبلغ ثقتهم في عدالتهم، وأساس التزامهم بالحكم الذي يصدرونه

وفي ضوء ذلك، نجد أننا لابد لنا من التعرض بالبحث لخمس مسائل قانونية هامة في هذا المطلب، وهي، كيفية تشكيل هيئة التحكيم الإلكترونية، وصفات المحكم فيها، وكيفية رده، وما الوضع في حالة وفاة إحداهم أو فقدان أهليته، وأخيرا طلب الخبرة الفنية في التحكيم الإلكتروني.

١- كيفية تشكيل هيئة التحكيم الإلكترونية:

وفقا للقواعد العامة، فإن الأطراف هم من يقومون باختيار أعضاء هيئة التحكيم وفقا لإرادتهم، بيد أن اختيار الأطراف لأعضاء هيئة التحكيم، قد لا يتحقق في كل الفروض، فقد لا يتفق هؤلاء على تعيين المحكم، لاسيما إذا كان فردا أو كان محكما مرجحا في الفرض الذي يناط بهم اختياره، أو قد يتقاعس إحدى الطرفين في تعيين محكمه ابتداءً أو تعيين بديل عنه عند تنحيه أو عزله أو رده أو وفاته، ففي كل تلك الفروض يلزم تدبير سلطة محددة يناط بها مهمة تعيين هيئة التحكيم أو إحدى أعضائها والتدخل وقت اللزوم، لمواجهة ذلك الموقف إنقاذا لاتفاق التحكيم وفاعليته[1].

وإن تشكيل هيئة التحكيم قد يعهد إلى محكمين معينين خصيصا بالنظر في النزاع أو إلى منظمة دائمة تتولى إدارته وفقا للوائحها، وفي كلا الفرضين قد تشكل هيئة التحكيم من محكم واحدى أو من عدة محكمين تبعا لما يتفق عليه

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص٦١٥.

الخصوم، أو ما تقضي به لوائح المنظمة التي تتولى التحكيم، والملاحظ في العمل أنه كلما كان النزاع مهماً أو معقدا كلما كان الخصوم أميل إلى تعدد المحكمين، لأن التعدد يوزع المسئولية بينهم فتطمئن أنفسهم، كما أن تعقُّد النزاع يتطلب خبرات مختلفة لا يمكن توفيرها إلا إذا تعدد المحكمون.

وتجيز كل التشريعات تعدد المحكمين، ويشترط بعض التشريعات في حالة تعدد المحكمين أن يكون عددهم وترا، وفى ذلك تنص المادة (١٥) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن المواد المدنية والتجارية بأن" تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحدى أو أكثر، وإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا".

وعلة استلزام العدد الوتري هي إمكان الحصول على أغلبية إذا أنقسم الرأي، وهناك من التشريعات ما تضع حداً أقصى لعدد المحكمين كالتشريع الأسباني، إلا أنه لا يجيز أن يزيد عدد المحكمين عن خمسة، وهناك من التشريعات -كالتشريع الفرنسي- مَنْ لا يضع أي قيود على عدد المحكمين، فليس هناك حد أقصى لعدد المحكمين(١).

أما عن كيفية تشكيل هيئة التحكيم عند تعدد المحكمين، فالأسلوب الغالب في التحكيم التجاري الدولي أن تشكل الهيئة من ثلاثة محكمين، يعين كل خصم واحد منهم، وأما الثالث فيختار بطرق مختلفة فقد يترك اختياره لاتفاق الخصمين، وقد يعهد الاختيار إلى المحكمين الآخرين، وقد تتولاه هيئة مستقلة كالمحكمة أو غرفة التجارة، أو المنظمة الدائمة التي تتولى التحكيم(٢).

وهناك أسلوب آخر في تشكيل هيئة التحكيم، حيث يترك للخصوم

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص٦١٦.

(٢) محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ١١٨: ١١٩

الاختيار بشرط أن يكون ذلك من القوائم التي تعدها المنظمة، ومنها من يطلب من الخصوم اقتراح عدد من الأسماء وتقوم المنظمة باختيار المحكم أو المحكمين منهم، ومنها ما يشترط بعض التشريعات ضرورة تعيين محكم احتياطي ليحل محل المحكم الأصلي إذا رفض التحكيم أو قام مانع يحول دونه والقيام به[1].

أما بالنسبة لتشكيل محكمة التحكيم الإلكترونية فإن هيئة التحكيم وفقا لما قررته المنظمة العالمية للملكية الفكرية "O.M.P.I" تتشكل من محكم وإحدى أو ثلاثة وفقا لتقدير الأمانة – السكرتارية- مالم يتفق الأطراف صراحة على تحديد العدد، ويجب أن يراعى في اختيار المحكمين بعض الاعتبارات، مثل جنسياتهم ومكان إقامتهم وما إذا كانت هناك أية صلة أو رابطة بين المحكمين وبين أطراف النزاع.

وفى حالة تعدد المحكمين يتولى هؤلاء أمر تعيين رئيس المحكمة، فإذا كانوا غير قادرين على هذا التحديد تولت السكرتارية هذا الأمر، وإذا أعترض إحدى الأطراف على إحدى المحكمين تقوم الأمانة بتعيين بديل له، ويجوز لإحدى الأطراف رد المحكم لأسباب ترجع إلى حياده واستقلاله، ويجب أن يعلن الأطراف عن عدم موافقتهم على المحكم خلال يومين.

وتقرر الفقرة الثالثة من المادة (٨) من اللائحة (لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية) أن السكرتارية تمنح كل محكم دليل الدخول وكلمة المرور للدخول إلى موقع الدعوى، ولا يملك الأطراف الخاضعون لنظام تلك المحكمة سوى قبول الحكم الصادر، ويمكن للمتعاقدين تعيين أشخاص المحكمين داخل شرط التحكيم أو بالإحالة إلى القواعد المنظمة المؤسسة للتحكيم، أو أن يعهدوا إلى شخص ثالث بهذه المهمة، هذا التحديد يمكن أن يتم داخل شرط التحكيم المدرج في العقد، كما يمكن أن يتم في وقت لاحق بعد إبرام العقد الرئيس، ولكن إذا ما قام الأطراف بالإحالة إلى القواعد المنظمة لمؤسسة

---

(١) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص٢١٩.

التحكيم[1].

كما أن القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية بباريس[2]، تعطى للأفراد حرية اختيار الأعضاء الذين يشكلون المحكمة بحيث لا تتدخل مؤسسة التحكيم إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف في هذا الخصوص[3].

وعلى نفس النهج أيضاً قرر القانون النموذجي "Model Law" للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥م " أن الأطراف يكونون أحرار في أن يتفقوا مرة واحدة على عدد المحكمين وإجراءات تسميتهم"[4].

كما نصت لائحة "ICANN" على أنه في حالة ما يكون المحكم وإحدى، فإن المؤسسة هي التي تقوم بتعيين المحكم من بين المحكمين الموجودين في القائمة، ولكن إذا تشكلت من ثلاثة محكمين، فإن الأطراف يتقدمون بتعيين محكمين أثنين فقط، والثالث سوف يعين من قبل المؤسسة ولكن بعد استشارة الأطراف[5]، وفى نفس المعنى نجد لائحة " BBB online " تنص المادة السادسة منه على أن تعيين المحكم يتم من خلال الأطراف، إلا أن الاختيار النهائي للمحكم يستند على ثلاثة أمور:

---

(١) د. نبيل محمد أحمد صبيح، وسائل تسوية منازعات التجارة الدولية الإلكترونية، مجلة الأهرام الاقتصادي، الصادرة عن مؤسسة الأهرام، العدد ٢٠٢، أكتوبر ٢٠٠٤م، ص١٩.

(٢) المادة (٨) فقرة "٣"، المادة (٨) فقرة "٤".

(٣) القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة في عام ١٩٨٥م، يذهب إلى نفس الحكم في المادة "١٠" فقرة (١).

(٤)

Voir à, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, Article "10"/1, Article, "11" /2.,enligne http://www.uncitral.org/ pdf/ french /texts /arbitration/ml-arb/ml-arb-f.pdf.,11.11.2010.

(٥)

Article "6" des règles d'application de l'UDRP, en ligne, http:// www.icann. org/ udrp .,22.7.2000.

١- المعلومات المقدمة للمركز في وثيقة التصويت والمقدمة من الأطراف لاختيار المحكمين.

٢- تفضيل الأطراف لإحدى المحكمين

٣- مؤهلات المحكم التي تمكنه من تعيينه لتسوية نزاع معين[1].

٢- صفات المحكم في هيئة التحكيم الإلكترونية:

وفقا للقواعد العامة، مهما قيل عن الأصل الاتفاقي للتحكيم، واختيار المحتكمين للمحكمين، فإن ذلك لا يغشى البصر من أن يتم اختيارهم كمحكمين يؤدون مهمة قضائية بالدرجة الأولى، وبتلك المثابة، فإنه يلزم فيهم ما يلزم في القضاة من كفاءة مهنية ومهارة واختصاص فني، وتكاد تتفق القوانين في مختلف الدول على وجوب توفر الكفاءة الفنية في المحكم، وفى مجال تنازع القوانين، فإن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو الذي يحدد الصفات والمهارات الواجب توافرها في الشخص الذي يختار محكما، فالأمر يتعلق بنوع من الأهلية الخاصة، يحكمها القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، والكفاءة أو الاختصاص الفني المتطلبة تعتمد على طبيعة النزاع، والغالب أن يكون المحكم مختصا مهنيا في مجال التجارة أو الصناعة أو المال أو المقاولات ويتم اختياره اعتبارا لذلك[2].

---

(١) ووفقا للدراسة التي قام بها الفقيه "M.Geist" فإن ٩٠٪ من قرارات "UDRP" تم تسويتها من خلال محكم واحدى، ولكن فقط "١٠٪" تم تسوية النزاع فيها عن طرق ثلاثة محكمين، انظر:
M. Geist, An examination of the allegations of systematic unfairness in the ICANN, UDRP, enligne, http://aix1.Uottawa.ca/geist/geistudrp.pdf., 30.6.2006.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص٦٨٣، ونجد أن هيئات ومنظمات ومراكز التحكيم النظامي، لديها قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات، يستطيع المحتكمون اختيار محكميهم منها، وهذا ما يجنبهم مشقة البحث عن المحكم المناسب خاصة إذا ما تعلق الأمر بمسائل فنية بحتة يحتاج فهمها إلى خبرة خاصة لا تتوفر على نطاق واسع، راجع أيضاً، د.حسين الماحي، التحكيم النظامي في التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٣.

غير أنه لا يجب أن يغيب العنصر القانوني عن تشكيل هيئة التحكيم، بحيث يختار الأطراف إحدى رجال القانون لعضوية تلك الهيئة، كإحدى أساتذة كلية الحقوق، أو إحدى المحاميين أو إحدى القضاة[1].

وفى مصر، تنص المادة (٦٣) من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ على أنه" لا يجوز للقاضي، بغير موافقة مجلس القضاء الأعلى، أن يكون محكما ولو بغير أجر، ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء،............" كما لا يجوز بغير موافقة المجلس المذكور ندب القاضي ليكون محكما عن الحكومة أو إحدى الهيئات العامة متى كانت طرفا في نزاع يراد فضه بطرق التحكيم.

وفى فرنسا، لا يوجد ما يمنع القاضي من أن يكون محكما، وأن القاضي يختار بشخصه، وليس بصفته، إلا أنه يجب الحد من قبول القضاء كمحكمين، وذلك لعدة اعتبارات منها، أن القاضي يجب أن يتفرغ لوظيفته الأساسية التي يتقاضى أجراً من الدولة عليها، وحتى لا يكون مثقلا بتبعات تؤثر على حسن أداء خدمة العدالة لدى قضاء الدولة، والنأي بهم عن أية شبهة تنال من هيبة القضاة، خصوصا إذا كانت القضية المطروحة على التحكيم، قد سبق أن عرضت على محاكم الدولة، إذ كيف يقبل القاضي أن يعمل محكما ويصدر حكما قد يتعرض للبطلان أو عدم الاعتراف به من قبل المحاكم القضائية،.........."[2].

وتشدد الاتفاقيات الدولية، ولوائح هيئات التحكيم على توفير عنصر الكفاءة والتخصص لدى المحكم، حيث تنص المادة ١٤/ ١ من اتفاقية واشنطن

---

(١)
Voir à, Bellet (P.): Le juge, arbitre, Revue de L'arbitrage, Bulletin Comite Français de L'arbitrage, 1980, N03, p. 394 et s.

(٢)
Voir à, Delvolve (J.L.): Devoirs et responsabilité de l'avocat exécrant la fonction d'arbitre, Revue de L'arbitrage, Bulletin Comite Français de L'arbitrage, 1990, N03, p. 435.

لعام ١٩٦٥ حول تسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، على أن " يكون الأشخاص المعينون للعمل في الهيئة – هيئة التحكيم- معترفا بكفاءتهم في مجال القانون والتجارة والصناعة والمال، بحيث يمكن الاعتماد عليهم في حكمهم على المسائل القانونية المختلفة"، ويلاحظ أن النص قد حرص على اشتراط الكفاءة في المجال المهني بجانب الكفاءة في مجال القانون(١).

وبخصوص لوائح هيئات التحكيم فقد استلزمت- هي الأخرى- الكفاءة والتخصص في المحكم، من ذلك مثلا النظام الأساسي لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، حيث نصت المادة (١١) على أنه "يشترط في المحكم أن يكون من رجال القانون أو القضاء أو من ذوى الخبرة العالية والإطلاع الواسع في التجارة والصناعة والمال، وأن يكون متمتعا بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة والاستقلال في الرأي".

وتحرص هيئات ومراكز التحكيم الدائمة على حسن اختيار أعضاء هيئة التحكيم من ناحية كفاءتهم واختصاصهم، ولذلك تحتفظ بقوائم متنظمة لديها بأسماء المحكمين المعتمدين للاشتراك في عضوية هيئات التحكيم التي تعمل تحت رعايتها، ويتم تحديث تلك القوائم ومراجعتها بصفة دورية لتزويدها بأكفأ الكوادر والخبرات، وحذف من يفقدون المستوى المطلوب من الكفاءة والاختصاص المهني الفني(٢).

ونضيف أن عنصر كفاءة المحكم وتخصصه ليس ترفاً إجرائياً، بل هو عنصر محل اعتبار شخصي، بحيث إن تخلفه يمكن أن يبطل تشكيل هيئة

---

(١) اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا دول أخرى، الجريدة الرسمية المصرية- العدد رقم ٤٥، الصادر في ١١ نوفمبر سنة ١٩٧١م.

(٢) المادة ٦/ ٣ من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٧٦ وقواعد حسم منازعات التجارة والاستثمار بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لعام ٢٠٠٢م، ص٩، المادة (٤٠) من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م.

التحكيم، ولعل مما يؤيد هذا التحليل ما نصت عليه المادة "٢٨٢"من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم لمتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ أنه" يجوز رد المحكم...... إذا لم يكن حائزاً لمؤهلات اتفق عليها الطرفان"[١].

وبتطبيق ما سبق ذكره على المحكم في هيئة التحكيم الإلكترونية، نجد أن الأمر لا يختلف كثيرا عن القواعد التقليدية، حيث إن الكفاءة والتخصص، الحيادية والاستقلالية التي يتمتع بها المحكم التقليدي يجب توافرها أيضاً في المحكم في هيئة التحكيم الإلكترونية ، إلا أن الأمر يختلف في نوعية التخصص بحكم ما أستجد من معاملات إلكترونية، حيث إن المحكم في هيئة التحكيم الإلكترونية في الغالب يقوم بتسوية منازعات خاصة ومتعلقة بالتجارة الإلكترونية، لذلك يتطلب أن يكون المحكم على درجة من الخبرة العالية في المجالات المعلوماتية والإلكترونية.

ونجد تطبيقاً جيد لذلك في مركز "OMPI" للملكية الفكرية التي تضع قوائم للمحكمين المتخصصين على المستوى الأوروبي والدولي للعلامة التجارية، إلا أن المحكمين الموجودين في هيئة "NAF" [٢]يشترطوا أن يكونوا بشكل أساسي محامين أو أساتذة جامعات في الولايات المتحدة الأمريكية.

ونجد مكتب " BBB Online " يضع على موقعه عبر الإنترنت قائمة من المحكمين المتخصصين، والتي يتم اختيارهم من قبل الأطراف حسب طبيعة النزاع- من ضمنها المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية-، وهذه القوائم تتضمن أسماء المحكمين ومؤهلاتهم، وتنوع خبراتهم وتخصصاتهم، والتي

---

(١)

Voir à, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international,Op.Cit.

(٢)

National Arbitration Forum.

يتم على أساسها الاختيار تبعا لطبيعة النزاع[1].

٣- حياد واستقلال المحكم في هيئة التحكيم الإلكترونية:

أما بالنسبة لشرط الحيادية والاستقلالية للمحكم الذي يعتبر ضمانة أساسية من ضمانات تشكيل هيئة التحكيم، فلا شك في أن ميل المحكم (عدم حياده) أو تبعيته (عدم استقلاله) يضرب قضاء التحكيم في مقتل، ويفقد مصداقيته، فهما خطران يجب التحذير منهما، وإذا ما تفشت هاتان الآفتان في أعضاء هيئة التحكيم، سيؤدى إلى هدم كيان التحكيم، لاسيما إذا قورن بقضاء الدولة، ومن هنا كان الحرص الزائد من جانب التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية، ولوائح هيئات ومراكز التحكيم، على النص القاطع بوجوب التزام المحكم بالحياد والاستقلال[2]، فمن ناحية التشريعات الوطنية، نذكر قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن المواد المدنية والتجارية، حيث توجب المادة ١٦/ ٣ منه على المحكم "أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيدته"، ويكمل هذا النص أن القانون قد أجاز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم في حالة ما "إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين"، ونعتقد أن تشكيل هيئة التحكيم من محكمين تشير الدلائل على عدم حيدتهم أو ارتباطهم بعلاقات مع الأطراف تؤثر في استقلالهم هو مما يخالف القانون، ويبرر الطعن على الحكم بالبطلان.

ومن ناحية الاتفاقيات الدولية والأعمال التشريعية ذات الطابع الدولي، نذكر المادة ١٤/ ١ من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ بشأن تسوية المنازعات

---

(١) Article "6"-(a) des Règles d'application:"chaque institution de règlement établie et rend publique une liste contenant les normes et qualités de membre potentiels de commission".tous les centres d'arbitrage enligne disposent d'une liste d'arbitre avec, le plus souvent, leur référence professionnelles".

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص٧٠٦.

الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي تنص على أن" يكون الأشخاص المعنيون للخدمة في الهيئة – هيئة التحكيم – على قدر عظيم من الأخلاق.....بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة التحكيم على الأمور حكما مستقلا........"

وإن الأمر في شرط الاستقلالية والحيادية لا يختلف كثيرا في المحكم في هيئة التحكيم الإلكترونية، وأكدت عليه كثير من المنظمات الدولية المعنية بالتحكيم الإلكتروني، ومنها لائحة "ICANN" حيث حددت أن كل عضو في اللجنة لابد أن يتم تعيينه بناء على حيدته واستقلاله[1]

ومسألة التأكيد على حياد واستقلال المحكم في هيئة التحكيم الإلكترونية يمكن التحقق منها من خلال مؤهلات وبيان الحالة الخاص بالمحكم "curriculum-vitae" الذي يوجب عليه أن يودعها قبل أن يعين أو يسمى، حيث إنه لو عرف من خلال بيان حالته أو الشهادات الحاصل عليها أنه كان يتعامل بإحدى أطراف النزاع أو كان على علاقة بهم، فذلك يعتبر سبباً كافياً للتشكيك في حياده واستقلاليته.

ولمزيد من الحرص على التأكد من هاتين الصفتين الأساسيتين، أوجبت لائحة" BBB Online "أن جميع الاتصالات بين الأطراف والمحكم تكون بواسطة المركز ذاته" (المادة "٧")، وأيضا نصت المادة "٨" من ذات اللائحة على أن" المحكم لابد أن يحلف اليمين في أن يلتزم الحيادية في إصداره للحكم، ويجب على المحكم أن يعلم الأطراف بالوقائع أو الظروف التي تقيد عملية إصدار الحكم"[2].

---

(١)

See at, Article "7" des règles d'application de l'UDRP, Op.Cit.

(٢)

Voir à, Gavalda (C.), Lucas Leysac (C.), l'arbitrage, Dalloz édition, paris, 1993, p. 41.

إلا أن التحكيم الإلكتروني يأتي الانحياز في الغالب من جانب الأطراف في تعيين المحكم، فتعيين الأطراف للمحكم الإلكتروني يكون من خلال الإطلاع على الإحصائيات التي يقوم المركز بنشرها من الأعمال والقضايا التي فصل فيها المحكمون، حيث ما إذا كان قد حكم في نزاع مماثل بحكم يؤيد مصلحته، فيقوم باختياره على هذا الأساس، وليس على أساس مؤهلاته أو خبراته، أو كفاءته[1].

فإذا ما كان هناك تشكيك في صفتي الحيادية والاستقلالية في المحكمين من قبل الأطراف فإنه يحق لهم أن يقوموا برد المحكم.

٤- رد المحكم في هيئة التحكيم الإلكترونية:

يعتبر نظام رد المحكم "La récusation de l'arbitre "، أو رد الهيئة القضائية عموما من أهم النظم الإجرائية في هذا المجال، فهو جانب من جوانب ممارسة حق التقاضي، بل هو ضمانة إجرائية من الضمانات التي يجب توفيرها للخصوم، بل وللمحكم لحمايته من نفسه، ومن حيث إن رد المحكم يعنى منعه من نظر النزاع، فهو يؤثر على عمل هيئة التحكيم وأدائها الوظيفي، وبالتالي يترك آثاراً إجرائية على خصومة التحكيم لا يمكن تجاهلها، ورد المحكم يرجع لأسباب تنال من حيدته واستقلاليته، حيث نصت المادة"١٨/ ١" من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن المواد المدنية والتجارية على أنه" لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيدته أو استقلاله"[2].

ويقدم طلب الرد إلى هيئة التحكيم ذاتها، سواء أكانت هيئة جماعية "ثلاثة فأكثر، أو كانت عبارة عن محكم منفرد، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هيئة التحكيم أو بالظروف المبررة للرد، ويشترط

---

(١)
See at, M. Geist, An examination of the allegations of systematic unfairness in the ICANN, UDRP, Op.Cit.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص٧٢٤.

لتقديم طلب الرد:

أولا: أن يكون الطلب مكتوبا، وهذا شكلّ لعمل إجرائي يتعين استيفاؤه، وإلا كان عدم القبول مصيره، ومن ثَّمَ لا يسوغ أن يبدى الطلب شفاهة، أو بأي طريقة أخرى خلاف الكتابة، وعلة ذلك ترجع إلى ضرورة التوثيق والتحديد الدقيق لموضوع الطلب.

ثانيا: أن يبين فيه كل الأسباب أو الظروف أو الوقائع المبررة للرد مع أدلتها، والوقت الذي تم الكشف عنها فيه، هل بعد أن تم تعيين المحكم أم قبل ذلك، أم بعد تمام اختياره أو تعيينه[(1)].

ثالثا: أن لا يكون طالب الرد قد سبق له تقديم طلب برد ذات المحكم في ذات القضية ورفض طلبه (م١٩/ ٢)[(2)].

ووفقا لقواعد .C.C.I الخاصة بإجراءات رد المحكم يرسل طلب الرد بإعلان كتابي إلى السكرتارية[(3)] ، على حين أن قواعد القانون النموذجي "Model Law" للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥م أكثر مرونة، حيث تترك للأفراد حرية اختيار الطريقة التي يتم بها إعلان الرد دون استلزام الإعلان الكتابي إلا في حالة عدم اتفاق الأفراد على ذلك[(4)]

وقد اتخذت قواعد محاكم التحكيم الإلكتروني في المادة (٣)، (٢٣) للمنظمة العالمية للملكية الفكرية "O.M.P.I"، والمادة "٨" من قواعد

(١) على أساس أن القانون نص على أنه " لا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو أشترك في تعيينه إلا بسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين" م١٨/ ٢.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص٧٤٧.

(٣) المادة "١٢".

(٤)

Voir à, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international,Op.Cit

التحكيم الإلكتروني الكندية موقفا يتفق مع الطبيعة الإلكترونية لعملية التحكيم، حيث أعطت لطرفي النزاع الحق في رد المحكم الذي اختاره الطرف الآخر أو الذي أختاره المركز أو حتى إذا كان من اختيار الطرف ذاته في حالة وجود شكوك جدية حول حيدته ونزاهته بإخطار إلكتروني يقدم للمركز خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد.

وإذا لم يتنحى المحكم بناءً على الطلب المقدم من الأطراف، فتقوم الهيئة بعد ذلك بالفصل في طلب الرد، أي أن هيئة التحكيم هي التي تقوم- بشكل أولى- بالفصل في الطلب المقدم من الأطراف لتنحي المحكم المشكوك في حيدته ونزاهته، وهذا ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي نصت عليه التشريعات المتعلقة بالتحكيم ومنها قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن المواد المدنية والتجارية في المادة ١٩/ ١ والتي ورد فيها " يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبنياً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد فإذا لم يتنحى المحكم المطلوب رده، فصلت هيئة التحكيم في الطلب"[١].

وإن العديد من اللوائح الموجودة على شبكة الاتصالات الإلكترونية تناولت الطريقة الحرة المبنية على إرادة الأطراف في معالجة بعض المسائل المتعلقة برد المحكم، بمعنى آخر إنهم تركوا للأطراف حرية الإرادة على اختيار الطريقة لمعالجة المسائل المتعلقة برد المحكم، وذلك ما نص عليه القانون النموذجي " Loi-type-CNUDCI " للتحكيم التجاري الدولي، حيث يسمح للأطراف أن يتفقوا على إجراءات رد المحكم ولكن بشرط أن يكون طلب الرد معللاً ومسبباً[٢].

---

(١)
Voir à, Huet (J.), Valmachino (S.), Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, Op. Cit., p.13.

(٢)
Voir à, Article 13-1 de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, Op.Cit.

وبناءً على ما سبق نجد أن مسألة رد المحكم في هيئة التحكيم الإلكترونية لا تختلف عن رد المحكم التقليدي من الناحية الموضوعية من حيث أسباب الرد بالذات، حيث إن الأسباب التي تمس حياد واستقلال المحكم لا تختلف في التحكيم التقليدي عنها في التحكيم الإلكتروني، خصوصا أنها ليست على سبيل الحصر، ومتروكة لحرية الأطراف، إلا أن الخلاف هنا من الناحية الشكلية فقط، حيث إن طلب رد المحكم التي يتم تدوين أسباب الرد فيه يتم إرساله وتدوينه بكافة وسائل الاتصال الإلكترونية وفقاً لإرادة الأطراف.

٥- وفاة إحدى المحكمين في هيئة التحكيم الإلكترونية أو فقدان أهليته:

قد يثار التساؤل حول مصير الإجراءات التي اتخذت في حالة وفاة إحدى المحكمين أو فقدانه أهليته، لذلك نصت مراكز التحكيم على استبدال المحكم " Replacement of arbitrator " كمحاولة منها لاستيفاء استقرار عملية التحكيم والسير فيها قدماً دونما أية معوقات تعارضها وخصوصاً عنصر الزمن المقيد للهيئة في صدور القرار خلاله، وهذه الحالات هي (الوفاة، فقدان المحكم لأهليته، إصابة المحكم بعجز يمنعه من الاستمرار في نظر النزاع، رد المحكم) [٢]، وهذا الأمر لا يتمتع بخصوصية في التحكيم الإلكتروني عنها في التحكيم التقليدي.

٦- طلب الخبرة الفنية في التحكيم الإلكتروني:

أجازت مراكز التحكيم الإلكتروني لطرفي النزاع طلب الخبرة الفنية لإثبات وقائع تتعلق بموضوع النزاع كالعيب في المبيع مثلاً، أو تحديد مقدار الضرر الذي لحق بالمشترى أو تقدير ثمن المبيع أو أية أمور تلعب الخبرة الفنية دوراً مهماً في تقديرها.

ويتعين على من يرغب في طلب الخبرة الفنية أن يخطر الهيئة والطرف الآخر

---

(١) أ. سامح محمد عبد الحكم محمود، التحكيم الإلكتروني، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، ٢٠٠٨م، ص٢٠، منشور على موقع: http://www.arablawinfo.com

بذلك في وقت يسبق المحاكمة بمدة معقولة مع ذكر اسم الخبير وتحديد الوقائع المطلوب إجراء الخبرة حولها، لتقرر الهيئة الموافقة على الطلب أو رفضه بعد استماعها للطرف الآخر أو اعتراضاته وأسانيده[1].

وفي حالة الموافقة عليها يقسم الخبير بعدها القسم القانوني ويمنح مهلة ثلاثين يوماً على الأكثر لتسليم تقرير الخبرة ليقوم الأطراف بعدها بمناقشة الخبير حول تقريره[2]، وللهيئة من تلقاء نفسها أن تطلب إجراء الخبرة الفنية وذلك في أي وقت من أوقات المحاكمة بعد إحاطة طرفي النزاع[3].

ولا تختلف مسألة الخبرة الفنية في التحكيم التقليدي عنها في التحكيم الإلكتروني إلا من حيث ما أضافته المعاملات الإلكترونية من خبرة جديدة عن المعلوماتية، وبالتالي لا حديث عن جديد في هذه المسألة في التحكيم الإلكتروني.

القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني:

إن تقيد هيئة التحكيم بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو على إجراءات التحكيم أمراً ضرورياً، وإلا كان حكمها معرض للبطلان، وتحديد القانون الواجب التطبيق لا يخرج عن طريقين، الأولى تكون باتفاق الأطراف والثانية أن تتولى هيئة التحكيم مهمة تحديد هذه القواعد عند عدم اتفا الأطراف [4]

و تنقـ م مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم إلى شقين أولهما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، والآخر يتعل بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ولكن هل تحديد القا الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو على إجراءات التحكيم يختلف في ال

(١) المادة ٤٩ /أ مركز تحكيم ووساطة wipo، سابق الإشارة إليه.

(٢) المادة ١٢ مركز تحكيم ووساطة wipo ، سابق الإشارة إليه.

(٣) أ. سامح محمد عبد الحكم محمود، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص١٩.

(٤) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وأنظمة التحكيم الد بدون دار نشر، ٢٠٠٢م، ص٢٠٧.

الإلكترونية، أي هل يتمتع بخصوصية معينة في هذه البيئة أم لا؟

وبناء على ما سبق ، فإنه يجب تقسيم هذا الفصل إلى فرعين ، الفرع الأول متعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو على إجراءات التحكيم ، والثاني يتعلق بأوجه خصوصية مسألة تحديد القانون الموضوعي والإجرائي في التحكيم الإلكتروني، وذلك كالآتي:

أولا :القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءات التحكيم

سبق أن أوضحنا أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم يتعلق بأمرين، الأول متعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، والثاني يرتبط بالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

١- القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

تلتزم هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع بالنزول على إرادة الأطراف، وإعمال القواعد التي ارتضوا إخضاع علاقتهم لها، وإذا أهمل الأطراف ذلك، تولت الهيئة نفسها تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الموضوع ، كما يمكن أن يحررها الأطراف كلية من التقيد بأي نصوص أو أنظمة قانونية، وإطلاق حريتها في الفصل في موضوع النزاع وفقا لما تراه محققاً لقواعد العدالة والإنصاف(١).

أ- تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وفقا لقانون إرادة الأطراف:

أرست اتفاقيات التحكيم مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في خصومة التحكيم (٢)، وتنص المادة ٣٩/ ١ من

---

(١)
Voir à, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international,Op.Cit

(٢) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص٩٥.

القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية[١] على أن" تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع، القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة ، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك".

وتتطابق أحكام هذه الفقرة مع ما تضمنته الفقرة الأولى من المادة " ٢٨"من القانون النموذجي "Model Law " للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥مع اختلاف طفيف في الصياغة[٢].

ويظهر من صياغة النص المصري، أن المشرع يفرق عند تحديد ما تطبقه الهيئة على موضوع النزاع بين " القواعد التي يتفق عليها الطرفان " من جهة، وبين اتفاقهما على " تطبيق قانون دولة معينة من جهة أخرى"، حيث أنه من المتصور – خاصة في مجال التجارة الدولية- أن يضع الأطراف تنظيما خاصا وقواعد منتقاة تواجه على نحو واقعي ما قد ينشأ من منازعات ، هم الأقدر على تصورها وعلى وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة لا تجد مصدرها في قانون معين، وإنما في إرادة الأطراف مباشرة ، كما يلجأ الأطراف إلى المزج بين عدة مصادر ، فينشئون قانون عقدهم من مجموعة من القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية أو أجنبية أو يكرسون العادات والأعراف المتعلقة بموضوع العقد أو الإحالة إلى القواعد والشروط التي تتضمنها وثيقة أو عقد نموذجي[٣]

---

(١) قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية.

(٢) تنص المادة ٢٨/ ١ على أن تحسم محكمة التحكيم الخلاف وفقا لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف باعتبارها الواجبة التطبيق على موضوع النزاع............."

(٣) مثال ذلك الإحالة على الشروط العامة لقواعد جمعية تجارة الحبوب والأغذية " Gaffta The Grain and Feed Trade Association"، فتعبير القواعد التي اتفق عليها الطرفان يسمح باستيعاب القواعد المتميزة المستقلة عن أي قانون وطني، وبعيدة عما تقضي به قواعد تنازع القوانين، مشار إليه في:

Robert (J.), l'arbitrage "droit interne, droit international privé", Dalloz édition, 1993, p.266.

ويتميز نص هذه الفقرة عما ورد في الفقرة الثالثة من ذات المادة، والتي تنص على أن تلتزم الهيئة عند الفصل في موضوع النزاع بمراعاة " شروط العقد "، حيث إن معنى هذه الشروط ينصرف إلى مضمون العقد الأصلي ، وكيفية تحديد حقوق والتزامات الأطراف، أما عبارة " القواعد التي اتفق عليها الطرفان" بشأن الفصل في موضوع النزاع ، فهي تنصرف إلى ما تضمنه اتفاق التحكيم " شرطا أو مشارطة " بخصوص إرشاد الهيئة إلى القواعد الموضوعة التي تلتزم بتطبيقها على المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي الذي يربط بين الأطراف[1].

وقد تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار " قانون دولة معينة" ليكون الفصل في النزاع وفقا لما تضمنه هذا القانون من نصوص، وإطلاق النص يسمح باختيار أي قانون، سواء كان القانون المصري أو سواه ، وهو إطلاق يتسق وحالات التحكيم الدولي الذي كان القانون مقتصراً على تنظيمه في بداية إعداده، حيث إن تكريس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحكم موضوع النزاع أصبح هو الغالب على الصعيد الدولي والاتفاقيات الدولية[2].

وقد أخذ المشرع الفرنسي هذا الاتجاه المتسم باحترام مبدأ سلطان الإرادة في نصوصه المنظمة للتحكيم التجاري الدولي في المادة ١٤٩٦ / ١ مرافعات فرنسي، أما في التحكيم الداخلي، فنصت المادة ١٤٧٤ على أن المحكم يفصل في النزاع وفقا " لقواعد القانون" إلا إذا فوضه الأطراف بالحكم وفقا لقواعد العدالة ، وتتعدد النصوص الواردة في خصوص التحكيم الداخلي والتي تحيل إلى قانون المرافعات الفرنسي، مما يؤكد افتراض تطبيق القانون الوطني في حالات التحكيم الداخلي[3].

---

(١) د. محمود مختار أحمد بريرى، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص١٣١.

(٢) المادة "٧/ ١" من اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا دول أخرى، الجريدة الرسمية- العدد رقم ٤٥، الصادر في ١١ نوفمبر سنة ١٩٧١م.

(٣)

Voir à, **Robert (J.)**, l'arbitrage "droit interne, droit international privé", Op.Cit., p.156.

وإذا كانت صياغة النص تطلق الحرية للأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع العلاقة بينهما وما ثار بشأنها من منازعات، فإن هذه الحرية تحدها ضرورة مراعاة القاعد والقوانين الآمرة ، التي يحتم المشرع المصري تطبيقها مراعاة لاعتبارات اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو لحماية النظام العام والآداب العامة[1].

وإيضاحاً لذلك يشار على سبيل المثال إلى المنازعات العقارية ، فهي منازعات تقبل التسوية بطريق التحكيم ، ولكن لا يجوز للمحكمين الفصل فيها وفقا لقانون أجنبي إذ تعتبر العقارات جزءا من إقليم الدولة، فلا يصح أن تخضع التصرفات الواردة عليها إلا للقانون المصري، وكذلك لا يصح وضع شرط تحكيم في عقد نقل بحري للبضائع يسمح بإعفاء المحكمين من التقيد بأحكام القانون البحري ، حيث يقع باطلا كل اتفاق سابق على قيام النزاع يقضي بإعفاء المحكمين من التقيد بأحكام القانون البحري المصري[2].

ب- تصدي هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

تنص المادة ٣٩ / ٢ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه" إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع،

طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه أكثر اتصالا بالنزاع"، بينما اتخذوا واضعوا القانون النموذجي "Model Law " للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥م موقفا مختلفا ، فبعد أن تركت الفقرة الأولى تحديد القانون وفقا لإرادة الأطراف، نصت الفقرة الثانية من المادة " ٢٨" على أنه" عند غياب اتفاق الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، تطبق هيئة التحكيم القانون الواجب التطبيق التي تحدده قواعد الإسناد في القانون الدولي

---

(١) د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص١٣٢ .

(٢) د.سمير الشرقاوي ،القانون البحري، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٣م، ص٣٩٦.

الخاص، وتبعا لما تراه وتقدر قابليته للتطبيق علة موضوع النزاع"

ويتضح من المقابلة بين النصين أن المحكم في ظل القانون المصري يمتع بسلطة تقديرية واسعة ، فهو يختار القانون الذي يقدر أنه أكثر اتصالا بالنزاع، بينما نجده ملزما بتطبيق القانون الذي تفضي إليه قواعد التنازع في القانون الذي يرى إمكان تطبيقه على النزاع وفقا لنص القانون النموذجي "Model Law" للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥م(١).

وأمام مرونة النص المصري، قد يجد المحكم أن القانون الأكثر اتصالا بالنزاع، هو قانون مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو قانون بلد المصدر أو المستورد، أو قانون البلد التي يجرى فيها التحكيم ، أو التي يوجد فيها فرع الشركة المرتبطة بالعقد المتضمن لشرط التحكيم....الخ، ويبدو في هذا المقام الفارق بين حالة ترك الأمر لإرادة الأطراف، حيث لم يقيد الشارع هذه الإرادة بأي قيد مما يجعل متصورا اختيار قانون منبت الصلة بكل نواحي النزاع، فلا يتصل بجنسية الأطراف أو محل إبرام أو تنفيذ العقد أو مكان التحكيم، إذ مع إطلاق النص لا يوجد ما يلزم الأطراف باختيار قانون له صلة ما بموضوع النزاع، ولا يمكن نعي هذا المسلك عليهم، إلا إذا ثبت غش نحو القانون ورغبة في الالتفاف حول القواعد الآمرة الموضوعة لحماية المصلحة العامة في الدول ، ويختلف الأمر بالنسبة لتصدي هيئة التحكيم لاختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، فهي تلتزم وفقا لنص القانون المصري، باختيار القانون الأكثر اتصالا بالنزاع، إلا أنه يمكن إثبات انحرافها في هذا الاختيار، كما لو اختارت قانونا لا تربطه بالنزاع أي صلة، أو فضلت تطبيق قانون على آخر، رغم أن القانون المتروك هو الأكثر اتصالا بالنزاع، وتكمن الخطورة في أن القانون المصري لا يسمح بالطعن في الحكم بأي طريق من طرق الطعن، كما أن أسباب

---

(١) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١م، ص١٥٠.

البطلان واردة على سبيل الحصر، وليس من بينها ما يسمح بطلب البطلان تأسيسا على انحراف أو تعسف الهيئة في اختيار القانون الذي يطبق على موضوع النزاع[1].

ويكشف الواقع العملي عن ميل هيئة التحكيم على الصعيد الدولي إلى إعمال قانون محل إبرام العقد أحيانا،أو قانون محل التنفيذ ، وذلك استنادا إلى ما يسمى بالإرادة الضمنية للأطراف والتي قد تكشف عنها ملابسات وظروف التعاقد، كما يمكن الاستناد إلى اختيار مكان التحكيم كمؤشر على اختيار قانون هذا البلد الذي يجري فيه التحكيم[2].

وتجدر الإشارة إلى أن حرية المحكمين، وفقاً للفقرة الثانية من المادة "٣٩" محدودة باختيار القانون الأكثر اتصالا بالنزاع، وينصرف هذا المعنى إلى اختيار قانون طني لدولة معينة، حيث لا يمكن للمحكمين اختيار ما يسمى بقانون التجار" lex- mercatoria "، لأن اختيار المحكم لهذا القانون يعني تحريره من تطبيق القانون، حيث إن قانون التجارة الدولية يعتبر مجموعة من القواعد والأعراف المنقطعة الصلة بأي قانون وطني، فهي مصدر قد يستأنس به المحكم بجانب القانون الذي أختاره، وهو ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة "٣٩" من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن المواد المدنية والتجارية من أن (يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة)، كما يمكن للمحكمين أن يقوموا بتطبيق القواعد الموضوعية ذات التطبيق المباشر التي قد تتضمنها اتفاقيات دولية، إذا التزمت بها الدولة بالتوقيع على الاتفاقية، أو تعديل قوانينها الوطنية ، مثال ذلك الاتفاقيات الدولية في مجال النقل البحري، أو قواعد جنيف الموحدة الخاصة بالأوراق التجارية[3].

---

(١) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص١٣٨ .

(٢) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص١٣٩ .

(٣) د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥م، ص٢٠٢.

ج- الفصل في موضوع النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف:

تنص الفقرة الرابعة من المادة "٣٩" على أنه (يجوز لهيئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح- أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون تقيد بأحكام القانون)، وتقابل هذه الفقرة، الفقرة الثالثة من المادة " ٢٨" من القانون النموذجي "Model Law " للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥م التي تنص على أن " تجري محكمة التحكيم تسوية وفقا للعدالة والإنصاف أو بصفتها منشئة لمواءمة ودية فقط، إذا أذن لها الأطراف في ذلك صراحة[1].

والقاسم المشترك بين هذه النصوص هو تحرير المحكم من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية أيا كان مصدرها ليجري المحكم نوعا من التسوية للنزاع المعروض عليه مستلهما ما يراه محققا للعدالة وما يرضي ضميره، فهو يقوم بعمل " إنشائي" خلاق لا يخضع فيه إلا لما يرضي وجدانه، طالما أنه حقق مبدأ المساواة، وأتاح للأطراف مكنة إبداء أوجه دفاعهم، ونظرا لخطورة ما يتمتع به المحكم من سلطات تتوقف على حسن أو سوء تقديره المطلق الذي يخضع بطبيعة الحال لمعايير شخصية ترجع إلى تكوين المحكم وشخصيته وخلفيته الثقافية العامة، استلزم المشرع إعلان الأطراف إعلانا صريحا لا لبس فيه عن قصدهم تخويله هذه السلطة[2].

ولكن يلاحظ أن إطلاق سلطات المحكم على النحو السابق لا يصل إلى حد السماح له بإهدار المبادئ الأساسية، فالهدف من إطلاق سلطات المحكم هو تحقيق العدالة التي قد تعوقها النصوص القانونية، ولا يتصور ذلك بإهدار

---

(١)
Voir à, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international,Op.Cit

(٢) د. محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٤٠.

إعمالا " للقانون" ، ونرى أنه أقرب إلى التسوية وفقا لقواعد العدالة، فالواقع أن ما يسمى بقانون التجار ليس سوى مجموعة من الأعراف والعادات التجارية السائدة ذات الطابع المكمل، والتي لا تتسم بأي صفة آمرة، كما أنها لا يلزم تطبيقها في حالة عدم الاتفاق ، كما هو شأن قواعد التشريعات أو القوانين الوطنية المكملة التي لم تنطبق ما لم يتم استبعادها[1].

٢- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم:

يعد الجانب الإجرائي في التحكيم بمثابة " العمود الفقري" الذي يقيم نظام التحكيم وهو في ذات الوقت، السياج الذي يضمن شرعيته، وذلك بالنظر إلى أن تيسير إجراءات التحكيم أو إعاقتها، يسهم إلى حد كبير في تحديد مستقبل حكم التحكيم في النزاع المطروح، وهذا ما يجعل إجراءات التحكيم تحظى بدرجة كبيرة من الأهمية، بل ودفع غالبية النظم الوطنية الخاصة به، وكذلك اتفاقات التحكيم الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة، إلى أن تقرر ضرورة مراعاة المسائل الإجرائية وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الحكم أو رفض الاعتراف به أو تنفيذه[2].

وباعتبار أن التحكيم يعتمد في جوهره على اتفاق الخصوم، فلا يمكن بالتالي، إنكار دور الإرادة في تحديد إجراءاته، غير أن إرادة الأطراف قد تتخلف أو يشوبها القصور، لذا كان من اللازم البحث عن ضوابط فنية أخرى، يمكن عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

أ- تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وفقا لقانون إرادة الأطراف:

إن إخضاع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة لا خلاف فيه في الوقت الحالي،

---

(١)
Voir à, Paulsson (J.), le tiers monde dans l' arbitrage commercial international ", Revue Critique de L'Arbitrage International, Bulletin Comite Français de L'arbitrage, 1983, N0 1, p.33 et s.

(٢) د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص٤٧.

حيث يعتبر من المبادئ المستقر عليه في الفقه والقضاء،وفي ظل الاختيار للقانون الإجرائي في التحكيم، يمتلك الأطراف عدة مكنات، الأولى: الاتفاق على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين، أو تلك المنصوص عليها في لائحة مركز دائم من مراكز التحكيم، وهو ما يعني أن قانون الإرادة في هذا الفرض، هو إما " قانون وطني معين، أو لائحة مركز تحكيم"،الثانية:أن يضع الخصوم بأنفسهم تنظيم خاص بإجراءات التحكيم، أي استخدام ما يسمى بإجراءات التحكيم العائمة"، الثالثة: أن يتفق الخصوم على ترك المهمة لهيئة التحكيم تتولى هي بنفسها وضع إجراءات التحكيم نيابة عنهم، ويكون القانون الإجرائي في هذا الفرض، هو " قانون إرادة المحكم" [(١)].

- **قانون الإرادة هو قانون وطني او لائحة مركز:**

ما من شك في أن للطرفين حرية اختيار قانون معين لينطبق على التحكيم الدولي، باعتبار أن هذا النوع من التحكيم هو في جوهره اتفاق يرتبط بأكثر من نظام قانوني ارتباطا يجعل كل منهما مدعو للتطبيق على إجراءاته، ومن حق أطرافه أن يحددوا القانون الذي يحكم اتفاقهم عملا بمبدأ قانون الإرادة المعمول به في العقد الدولي[(٢)].

إلا أن المشرع المصري لم يتخذ موقفا صريحا في هذه المسألة، وإن كان مبدأ حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون الذي يحكم إجراءاته يمكن استخلاصه من مجموعة النصوص الواردة في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن المواد المدنية والتجارية، حيث تتضمن المادة الأولى منه على "مبدأ سريان القانون المصري على كل تحكيم يجرى في مصر أيا كانت طبيعته...."، كما تضمنت المادة ٢٥ من ذات القانون ، النص على مبدأ حرية أطراف التحكيم في اختيار إجراءاته، وإن كانت لم تشر إلى حقهم في إخضاع هذه الإجراءات

(١) د. أبو العلا علي النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م، ص١٤.

(٢) د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص٥١.

للقواعد المعمول بها في قانون أجنبي معين، فقد ورد بالمادة ٢٨ من ذات القانون، النص على أن لطرفي النزاع الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو في خارجها، ويستخلص جانب من الفقه من ذلك، أن إتاحة الفرصة للطرفين في اختيار مكان التحكيم على هذا النحو، والإقرار بحريتهم في اختيار إجراءاته، تعنيا بطريق غير مباشر حريتهما في اختيار القانون الذي تخضع إجراءات التحكيم لقواعده[1] ،حيث أنه يمكن للأطراف إخضاع التحكيم للقواعد الإجرائية السارية في قانون أجنبي معين، بالرغم من إجراء التحكيم في مصر، وإن كان ذلك لا يحول دون خضوع التحكيم لأحكام القانون المصري إعمالا لحكم المادة الأولى منه، بمعنى آخر،إن التحكيم سيخضع في هذه الحالة لقانونين، الأول: هو القانون المختار من قبل أطرافه، والثاني هو القانون المصري، والواقع أن فائدة اختيار القانون الأجنبي لإخضاع التحكيم لقواعده الإجرائية، تبدو هامة لأمرين، الأولى: حكم المسائل التي وضع لها القانون المصري أحكاما تكميلية، أي متروك أمر تطبيقها لاختيار الطرفين، والثاني: تطبيق القانون الأجنبي المختار، على المسائل التي لا يكون القانون المصري قد تناولها بالتنظيم أصلا[2].

أما إذا ما اتفق أطراف خصومة التحكيم على إسناد التحكيم إلى مركز من مراكز التحكيم الدائمة، فإن ذلك يعني لدى الفقه، الاتفاق بطريقة ضمنية على إتباع لائحة هذا المركز بما تشتمل عليه من قواعد تتعلق بالإجراءات[3].

وينبغي أن نفرق بين اختيار الأطراف لإحدى المراكز الدائمة للتحكيم، عن اختيارهم للائحة هذا المركز أو ذاك بالذات، لحكم المنازعة فيها بينهم، فأهم

---

(١) د. مصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال،التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص٢٢٥.

(٢) د.أحمد شرف الدين، مستقبل التحكيم في مصر، بحث مقدم لمؤتمر" القاهرة كمكان للتحكيم التجاري الدولي" مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، سبتمبر٢٠٠٢م، ص٦.

(٣) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٢٩٣، ٢٩٤.

ما يميز اختيار الأطراف لمركز تحكيم معين لإجراء التحكيم أمامه، هو الأثر المباشر، الذي يترتب على الاختيار ، والذي يكمن في وضع المنازعة بين يدي المركز، ليتم الفصل فيها بمعرفته ووفقا للوائحه التنظيمية وقوانينه الداخلية، وهذا هو التحكيم المؤسسي، أما اختيار لائحة هذا المركز أو ذاك لتحكم سير المنازعة ، فهو لا يعدو أن يكون تحكيما حرا، غير أن إجراءاته تخضع للضوابط الموضوعة من قبل المركز المختار[1].

ويقصد بـ "إجراءات التحكيم العائمة" التحكيم الذي يتحرر فيه الأطراف من كل القواعد الوطنية بصياغة أو تقنين القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة فيه بشكل مفصل، ويصف الفقه التحكيم الذي تصل فيه حرية الأطراف إلى هذا الحد من التحرر[2] ، بأنه " تحكيم طليق" أو تحكيم بلا قانون" l'arbitrage sans loi " والذي يعني تحرر التحكيم فيما يتعلق بإجراءاته من الخضوع لأي قانون وطني، بل يخضع لقواعد إجرائية من خلق وإنشاء الخصوم أنفسهم، بمعنى آخر أن حسم هذا النزاع يتم وفقا لقواعد معيارية، لا تستمد من تشريعات وطنية بذاتها، بقدر ما تستمد من عادات وأعراف التجارة الدولية.

كما تجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من أن أغلبية الوثائق الدولية التي عالجت موضوع القانون الواجب التطبيق على الإجراءات تقرر مبدأ سلطان الإرادة في أقصى حدوده، بمعنى أنها تعطي للأطراف مكنة أن ينظموا مباشرة إجراءات التحكيم بدون الرجوع إلى أي قانون وطني" sans référence à une loi étatique "، فإن تصدى أطراف العلاقة محل النزاع التحكيمي لتنظيم إجراءات التحكيم مباشرة يعد وبحق، ظاهرة قلما إن لم تكن نادرة الحدوث، ذلك أن صياغة الخصوم للقواعد الإجرائية المفصلة، التي تحكم سير الخصومة هو دون شك من الأمور غير المألوفة ، وذلك لعدة أسباب:

---

(١) د. محمد أبو العنين، دور ونشاط مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في المنطقة الأفروأسيوية، بحث مقدم لمؤتمر" القاهرة كمكان للتحكيم التجاري الدولي" مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، سبتمبر٢٠٠٢م، ص٧.

(٢) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٩٢.

- عدم توقع الخصوم للقواعد الإجرائية وتفصيلاتها.

- الخشية من تصادم هذه الصياغة الاتفاقية حال الاتفاق عليها وتنظيمها بعد جهد وعناء مع القواعد الإجرائية الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام في دولة التنفيذ.

العامل النفسي الذي يكمن في مخافة الأطراف عدم الاتفاق على إجراء معين يكون سببا في اتساع هوة الخلاف فيما بينهما، ويعصف بالاتفاق التحكيمي من أساسه[1].

إخضاع إجراءات التحكيم لقانون إرادة المحكم:

يحدث كثيرا في العمل أن يخول الأطراف هيئة التحكيم أو يتركوا لها سلطة تنظيم إجراءات التحكيم، ويدعم القانونين المصري والمقارن مكنة تخويل هيئة التحكيم الحرية التامة على هذا النحو، في اختيار الإجراءات الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم، فقد تضمنت المادة ٢٥ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن المواد المدنية والتجارية على سبيل المثال، النص على أنه إذا لم يوجد اتفاق، كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التي تراها مناسبة[2].

يؤيد جانبا من الفقه تحرير إجراءات التحكيم كلية من النظم الإجرائية الوطنية المعمول بها في الدول المختلفة، يستوي في ذلك النظام السائد في دولة مقر التحكيم أو في دولة أخرى، حيث أنه لا يوجد في القواعد الدولية، نظام إسناد يلتزم به المحكم، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن لكل قانون وطني نظام إسناد خاص به، وقد يختلف عن نظام الإسناد الخاص والمعمول به في القوانين الأخرى، وبالطبع فليس هناك ما يوجب على المحكم تفضيل نظام

---

(١) د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص٦٦.

(٢) نص المادة ١٤٩٤/٢ من قانون المرافعات الفرنسي، حيث تنص على الآتي:

" l'arbitre règle la procedure,autant qu'il est besoin,soit directement ,soit référence à une loi ou à une loi ou à un réglement d'arbitrage"

إسناد خاص بقانون معين على غيره من الأنظمة الأخرى، والمحصلة لذلك كله، عدم وجود ما يلزم هيئة التحكيم بإتباع قانون معين من القوانين الإجرائية الوطنية، على الأقل ذات الصلة بالعلاقة، وبالتالي فلا غبار في إطلاق يد هيئة التحكيم في اختيار الإجراءات التي تراها مناسبة لإدارة هيئة التحكيم[1].

غير أن جانبا من الفقه، لا يرضى عن هذه السلطة الواسعة، ويخشى من الحرية الكبيرة التي تتمتع بها الحرية الكبيرة التي تتمتع بها هيئة التحكيم في تحديد وتنظيم إجراءات التحكيم، ويتخوف لا سيما من التعسف والشطط في استعمال هذه السلطة وتلك الحرية، ويدعو هؤلاء إلى الرغبة في ضرورة تقييد هذه الحرية بقيود موضوعية[2].

وينتقد فريق من الفقه هذا الرأي الأخير، وذلك بالرغم من إيمانه بالهدف الذي يصبوا إليه أصحابه، مؤسسا نقده على أن حرية الأطراف في تنظيمهم لإجراءات التحكيم، لا يرد عليها مثل هذه القيود التي يدعون إلى تقييد هيئة التحكيم بها، مع أن هذه الأخيرة، بتمتع بنفس الحرية التي يتمتع بها الأطراف، هذا من ناحية ، من ناحية أخرى، فإن تقييد هيئة التحكيم في تنظيم إجراءات التحكيم، يتعارض مع ما هو سائد في القانون المقارن من ترك الحرية لهيئة التحكيم في اختيار الإجراءات التي تراها مناسبة أو ملائمة، وأخيرا، فانه يصعب من وجهة نظر هذا الفريق، وضع إطار موضوعي لتنظيم حرية هيئة التحكيم في تنظيم الإجراءات، وذلك بالنظر إلى اختلاف ظروف وملابسات الفصل في قضية عن أخرى[3].

ويرى جانبا من الفقه إمكانية الاستفادة من منهجية تطبيق أحكام وقواعد

---

(١) د. مصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال،التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص٢١٧ :٢١٨.

(٢) د. مصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال،التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص٢٢٩.

(٣) د. أبو العلا علي النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في التحكيم، مرجع سابق، ص٥٩: ٦٠.

القانون الدولي لتنظيم الجانب الإجرائي في التحكيم، مستندا في ذلك إلى الفوائد المتعددة التي يمكن أن يحققها دخول القانون الدولي إلى مجال التحكيم التجاري الدولي وتنظيمه لإجراءاته، إذ يخول تطبيق القواعد الإجرائية الدولية لهيئة التحكيم، حرية واسعة في تحديد إجراءات التحكيم واجبة الإتباع، وينأى بالتحكيم عن الخضوع لسيطرة قانون إجرائي معين وما قد يترتب على إعماله من إهدار كل قيمة لاتفاق التحكيم، كما يساعد هذا المنهج، من ناحية أخرى، على تجنب الحساسيات الخاصة بالحصانة السيادية التي يمكن التذرع بها في مجال العلاقات التعاقدية، التي تكون الدولة إحدى أطرافها، وأخيراً ، فإن تطبيق القانون الدولي سيساعد بطريقة أو بأخرى، في وضع الحلول لمشكلة النفاذ الدولي للأحكام والتي تستلزم بطبيعتها مساندة الأجهزة الرسمية في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها[١].

ب- تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم عند غياب قانون الإرادة :

إن من الملاحظ وجود اتجاه عام يرجح في هذا الصدد، وهو إما بإعمال قانون مقر التحكيم، أو منح المحكم سلطة التحديد بما يراه مناسبا.

- **خضوع إجراءات التحكيم لقانون مقر التحكيم:**

تخضع الإجراءات لقانون دولة مقر التحكيم " loi du siege arbitral "[٢]، إذا ما كان قد تم اختيار هذا القانون من قبل الأطراف، أي إذا كان هو قانون إراداتهم الصريحة أو الضمنية ، وهذا ليس أمرا نادرا الحدوث، إذ ليس هناك ما يمنع من اختيار الخصوم صراحة أو ضمنا لقانون الدولة التي يجرى على إقليمها التحكيم، ليحكم المسائل الإجرائية فيه[٣]، وذلك حتى مع فرض

---

(١) د.عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص١٢٥ :١٢٦.

(٢) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٩٥.

(٣) د.إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص" تنازع القوانين"، بدون دار نشر، ١٩٩٧م، صز١٣٥.

اختيارهم لقانون آخر ليحكم موضوع النزاع، ويرى الفقه أن إجراءات التحكيم تخضع لقانون دولة مقر التحكيم أيضا في ثلاث حالات أخرى[1]: الأولى: عند غياب اتفاق الأطراف بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، والثانية: عند وجود اتفاق بين الأطراف على مسألة القانون الواجب التطبيق، ولكن تبين أن القواعد التي اتفقوا على تطبيقها غير كافية والثالثة: فإن دور قانون دولة مقر التحكيم يظل قائما، حتى في حالة عقد الاختصاص لقانون آخر بحكم إجراءات التحكيم، وذلك فيما يتعلق بالإجراءات الوقتية والتحفظية.

ويثير تحديد القواعد الواجبة التطبيق في قانون مقر التحكيم – هل هي القواعد الإجرائية فيه أم قواعد الإسناد– مشكلة هامة في مجال التحكيم، حيث إن تطبيق قواعد الإسناد يفتح مرحلة جديدة في سبيل الوصول إلى القواعد الإجرائية التي تحكم سير عملية التحكيم، ولن يتم الوصول إلى هذه القواعد الإجرائية بالطبع ، قبل معرفة القانون الذي تسند إليه قاعدة الإسناد الاختصاص التشريعي بحكم الإجراءات[2]، على عكس الأمر بتطبيق القواعد الإجرائية مباشرة لقانون مقر التحكيم.

انقسم الفقه بشأن الإجابة على هذا التساؤل إلى قسمين، حيث ذهب جانب منه، إلى القول بأن المقصود بقانون مقر التحكيم هو قواعد الإسناد المنصوص عليها فيه[3] ، في حين يذهب الفقه الراجح إلى أن المقصود بقانون مقر التحكيم هو القواعد الإجرائية فيه، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الانزلاق إلى هاوية الإحالة الخاصة بنظرية تنازع القوانين، وبالتالي الدخول بالتحكيم في مشاكل أخرى هو في غنى عنها[4]

---

(١) د.سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، بدون دار نشر، ١٩٨٤م، ص٤٦١.

(٢) د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص٩١.

(٣) د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٦م، ص٦٧.

(٤) د. أبو العلا على النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في التحكيم، مرجع سابق، ص٤٥.

خضوع إجراءات التحكيم لإرادة المحكم:

مما لا شك فيه، أن لهيئة التحكيم عندما تتولى مهمة تحديد إجراءات التحكيم لعدم اتفاق الأطراف بشأنها أو لاتفاقهم على تفويضها القيام بذلك، ذات الحرية أو الإمكانيات التي كانت متاحة للخصوم في هذا الشأن ، ومنها: القيام بوضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لظروف النزاع نفسها ، في كل مسألة من المسائل الإجرائية التي تصادفها مسيرة التحكيم على حدة ،أو تنظمها جملة عند اتصالها بالنزاع[1] ، أو أن تقرر إتباع النظام الإجرائي المعتمد في لائحة منظمة معينة، أو مركز من مراكز التحكيم الدائمة، أو أن تقرر إتباع الإجراءات النافذة في قانون إجرائي لدولة معينة[2].

ليست الحرية الكبيرة التي تتمتع بها هيئة التحكيم لدى تنظيمها لإجراءات التحكيم نهائية، إذ أن هناك رقابة وطنية ، تمارس من قبل السلطات المختصة في دولة مقر التحكيم أو في دولة تنفيذ الحكم، ولذا يجب على المحكم أن يراعي النصوص الإجرائية الآمرة في قانون دولة مقر التحكيم، وعند المخالفة يمكن رفع دعوى ببطلان الحكم[3].

إعمالا لذلك، يتعين على هيئة التحكيم فيما يتعلق بالتحكيم الذي يجرى في مصر على سبيل المثال، الالتزام بإتباع الأحكام الإجرائية المنصوص عليها في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن المواد المدنية والتجارية، وذلك تطبيقا لحكم المادة الأولى منه، وتكون ولاية الأحكام الإجرائية التي تضعها هيئة التحكيم في هذا المجال، احتياطية ، بحيث تقتصر على المسائل التي يجوز فيها الاتفاق على غير القواعد التي وضعها التحكيم وفقا لأحكام هذا القانون ذاتها، وكذلك الحالات التي أغفل قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة

---

(١) د. أبو العلا على النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في التحكيم، مرجع سابق، ص٥٨.

(٢) د. مصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال،التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص٢٢٧.

(٣) د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص٩٣.

١٩٩٤مبشأن المواد المدنية والتجارية من حيث الأصل، مواجهتها بحكم ما[1].

ومن ناحية أخرى، يلتزم المحكم كذلك، بضرورة احترام القواعد الإجرائية الآمرة في قانون الدولة المرجح تنفيذ الحكم فيها، وإلا أمكن رفض الاعتراف بحكمه، وبالتالي، رفض تنفيذه، وفضلا عن ذلك، يجب على المحكم احترام حدود السلطة المخولة له في اتفاق التحكيم ذاته بشأن تنظيم إجراءات التحكيم ، فالتجاوز يعد غير مقبول ويسمح للطرف الصادر ضده الحكم أن يطعن في التحكيم بالبطلان أمام السلطة المختصة في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها[2].

تلك هي القيود العملية الواردة على سلطة المحكم حال تنظيمه لإجراءات التحكيم، وهي ليست في حقيقتها قيود بقدر ما هي ترجمة للاعتبارات القانونية، التي يتعين على المحكم مراعاتها خلال مسيرة التحكيم ، وذلك من أجل ضمان الفاعلية الدولية لحكمه[3].

٣- خصوصية مسألة تحديد القانون الموضوعي والإجرائي في التحكيم الإلكتروني:

إذا كانت مسألة تحديد القانون الموضوعي والإجرائي في التحكيم التقليدي لا تتمتع بخصوصية معينة، إلا أنها تتمتع بقدر من الخصوصية في التحكيم الإلكتروني، وأوجه هذه الخصوصية محصورة في الآتي:

أ- الإحالة إلى مركز تحكيم لم ينظم الإجراءات الإلكترونية للتحكيم

ليس هناك إشكالية في إطار التحكيم الالكتروني بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني في حال عرض النزاع على مركز تحكيم إلكتروني، والاتفاق على إتباع الإجراءات المنصوص

(١) د. أبو العلا على النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في التحكيم، مرجع سابق، ص٧٠.

(٢) د. أبو العلا على النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في التحكيم، مرجع سابق، ص٦٩.

(٣) د. جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، مرجع سابق، ص٩٤.

عليها في لائحة المركز، حيث تنظم مراكز التحكيم الالكتروني إجراءات عرض النزاع الكترونيا بدقة متناهية في لوائحها، دون أن يكون لأطراف النزاع دور في تحديد هذه الإجراءات.

لكن البعض يرى أن الصعوبات قد تثور في الحالة التي يخضع فيها أطراف التحكيم للائحة تحكيم لا تنظم الإجراءات الالكترونية، كلائحة غرفة التجارة الدولية بباريس مثلا، فما هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم إذا كانت لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس أو غيرها لا تنظم الإجراءات التي تتم بطريقة الكترونية؟[1]

من الناحية العملية أرى أنه من الصعب أن يتم الإحالة إلى قواعد لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس أو غيرها من المراكز التي لا تنظم في ثناياها الإجراءات بصورة الكترونية بخصوص نزاع إلكتروني، حيث لا تستوعب نصوصها إمكانية ذلك في ظل صدورها في فترة لم يكن التعاقد الكترونيا متاحا.

لكن إذا افترضنا جدلا بإمكانية وقوع ذلك، أرى بأن يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات من قبل الأطراف، بأن يتم إخطارهم من المركز بعدم توافق اللائحة المختارة مع إجراءات التحكيم بالشكل الالكتروني، فإذا لم يفلح الأطراف في الاتفاق، تقوم هيئة التحكيم بتحديد هذا القانون وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم حتى يمكن تنفيذ الحكم مستقبلا توافقا مع حكم المادة ٥/ د من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، حيث أجازت رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه بناء على طلب الطرف المحتج ضده إذا قدم إلى السلطة المختصة المطلوب التنفيذ أمامها ما يثبت أن تشكيل هيئة التحكيم، أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لاتفاق الطرفين، أو لم تكن في حالة عدم

(١) د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص ٣١٥.

وجود مثل هذا الاتفاق وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم.

ب- النطاق المكاني للتحكيم الإلكتروني ومسألة تحديد القانون الموضوعي والإجرائي الواجب التطبيق على التحكيم

يحرص أصحاب التجارة الدولية على تحديد مكان التحكيم، نظرا لما له من تأثير على مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، فعلى سبيل المثال تعطي المنظمة العالمية للملكية الفكرية للمركز صلاحية تحديد مكان التحكيم بناء على ظروف كل حالة إذا لم يتفق الأطراف على تحديده[1].

كما يلاحظ أن لائحة مركز(WIPO) للتحكيم تعطي الأولوية لاتفاق الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إلا أنها تضع معايير احتياطية إذا غفل الأطراف عن تحديدها وهو قانون مكان التحكيم[2] حيث تنص لائحة هذا المركز في المادة "٥٩" على انه" :

- تبت محكمة التحكيم في موضوع النزاع وفقا لما اختاره الطرفان من قانون وقواعد قانونية ويفسر كل تعيين لقانون دولة ما على أنه يشير مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها بشأن تنازع القوانين ما لم يتم التعبير عن خلاف ذلك وإذا تخلف الطرفان عن الاختيار وجب على محكمة التحكيم أن تطبق القانون أو القواعد القانونية مما تعتبره مناسبا وفى كل الأحوال على محكمة التحكيم أن تبت في النزاع مع إيلاء الاعتبار الواجب لشروط أي عقد ذي صلة بالموضوع ومع مراعاة الأعراف التجارية السارية ولا تبت محكمة التحكيم بصفتها حكما مطلق الصلاحية أو مع

---

(١)

Article (39):
(a) Unless otherwise agreed by the parties, the place of arbitration shall be decided by the Center, taking into consideration any observations of the parties and the circumstances of the Arbitration.

(٢) د. خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني" الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم"، مرجع سابق، ص١٣٩.

مراعاة العدالة إلا إذا أجاز له الطرفان ذلك صراحة.

- يكون القانون واجب التطبيق على التحكيم هو قانون التحكيم الخاص بمكان التحكيم إلا إذا كان الطرفان قد اتفقا صراحة على تطبيق قانون آخر للتحكيم وكان ذلك الاتفاق مباحا في قانون مكان التحكيم [(١)].

إلا أنه من إحدى مشاكل التحكيم الالكتروني أنه يجري في وسط غير مادي (افتراضي) الأمر الذي يتعذر معه تحديد مكان التحكيم، فكيف يتحدد مكان التحكيم الالكتروني إزاء هذا الوضع؟

يرى البعض ضرورة مراعاة مكان التحكيم المفترض من الطرفين والذي يرتبط بقانون تحكيم لبلد معين في العالم المادي حتى يمكن استخدام هذا القانون الواجب التطبيق على منح الصلاحية القانونية لاتفاق التحكيم وقرار التحكيم، وضمان شرعية لإجراءات التحكيم الالكتروني، فإذا لم يحدد الأطراف ذلك المكان تجدر مراعاة الأحكام ذات الصلة الواردة في المادة ١/٢٠ من القانون النموذجي "Model Law" للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥م والتي تنص على انه " :للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم، فان لم يتفقا على ذلك،

---

(١)

Article 59 (1)

(a) The Tribunal shall decide the substance of the dispute in accordance with the law or rules of law chosen by the parties. Any designation of the law of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules. Failing a choice by the parties, the Tribunal shall apply the law or rules of law that it determines to be appropriate. In all cases, the Tribunal shall decide having due regard to the terms of any relevant contract and taking into account applicable trade usages. The Tribunal may decide as amiable compositors or ex aqua ET bono only if the parties have expressly authorized it to do so.

b) The law applicable to the arbitration shall be the arbitration law of the place of arbitration, unless the parties have expressly agreed on the application of another arbitration law and such agreement is permitted by the law of the place of arbitration

تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان، على أن تؤخذ في الاعتبار ظروف القضية، بما في ذلك راحة لطرفين"[1].

ج- عدم اعتراف القانون الواجب التطبيق المحدد من قبل الأطراف بشرعية إلكترونية التحكيم التجاري الدولي:

إن اللجوء لاستخدام التقنيات الحديثة لوسائل الاتصال في إجراءات التحكيم ربما يثير بعض الإشكاليات- مثل سماع الشهود، وجلسات الاستماع إلكترونياً، وإرسال الأوراق عبر وسائل الاتصال الإلكترونية- في الدول التي لا تعترف بشرعية إلكترونية إجراءات التحكيم حيث يتعين وفقا لقانون أن تتم إجراءات التحكيم تقليديا (أي وجها لوجه)، وإلا سيؤثر على الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، وتهدف هذه الدول في رفض الاعتراف بشرعية إلكترونية إجراءات التحكيم إلى تحقيق لمبدأ العدالة الإجرائية التي تعتقد أنها لن تتوفر إلا بإجراءات التحكيم التقليدية، وأن السير الإلكتروني لإجراءات التحكيم يعتبر انتهاكاً واضحا لهذا المبدأ[2].

وأرى أن استخدام الطريق الإلكتروني في إجراءات التحكيم ليس من شأنه أن ينقص من مبدأ العدالة الإجرائية، طالما أن هذا الطريق يحقق الحيادية والمساواة في المعاملة بين الخصوم، ومنحهم فرص متكافئة لبسط نزاعهم وتقديم أدلتهم، وبالتالي فإن الفاعلية والسرعة المنشودة من وراء التحكيم الإلكتروني لن تنقص من العدالة الإجرائية المتطلبة في إجراءات التحكيم، طالما أن هذه الأخيرة تحرت الحيادية والنزاهة في سيرها.

---

(١)
Voir à, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international,Op.Cit

(٢)
See at, H.M.Nasir, Can Online Arbitration Exist within the Traditional Arbitration Framework?, Journal of International Arbitration ‹April 2003, p.466.

د- الحاجة إلى قواعد مادية دولية خاصة بالتجارة الدولية الإلكترونية في خصوص مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني؛

هناك اتجاه إلى فكرة ابتداع قواعد خاصة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني، هذه القواعد تجد مصدرها في قانون التجارة الدولية الإلكترونية (lex electronica)، وذلك يرجع إلى عدم قدرة القوانين الوطنية على الاستجابة لمتطلبات وتعقيدات المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الإلكترونية، وأن المحكم عندما يطبق هذه القواعد المادية، فإن مهمته هنا تكون خلاّقة- على عكس مهمته التي تتسم بالتنفيذية في تطبيقه للقواعد التي تفرضها القوانين الوطنية - حيث يبتكر حلاً للنزاع يتجاوز العقبات الكثيرة التي تضعها القوانين الوضعية في وجه التجارة الدولية الإلكترونية، وبالتالي فإن قانون التجارة الدولية الإلكترونية يرى أنه أكثر القوانين ملائمة ليكون القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني[1].

القوة التنفيذية لحكم التحكيم الإلكتروني

تنتهي خصومة التحكيم – كأي خصومة أمام القضاء العادي- بصدور قرار يفصل في النزاع وذلك بمقتضى السلطة القضائية التي يتمتع بها المحكم، وهذا القرار يسمى حكم التحكيم، وإذا كان القاضي يراعي عند إصدار الحكم وتنفيذه الشروط والإجراءات المنصوص عليه في قانونه الوطني، فإن المحكم أيضاً- لكي ينتج حكم التحكيم آثاره القانونية- يراعي الشروط والإجراءات المنصوص عليها في القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم، التي بالطبع سوف يكون لها بُعد مختلف إذا ما تمت عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية، بالإضافة إلى أن حكم التحكيم لكي يعبر عن سلطته في تسوية النزاع لابد أن

---

(١)
See at, H.M.Nasir, Can Online Arbitration Exist within the Traditional Arbitration Framework?, Op.Cit., p.467.

ينفذ، إلا أن مسألة تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني تتمتع بخصوصية معينة من حيث شروطها ، وإجراءات إصدار الأمر بها، وضماناتها، ودراسة هذه المسائل بالبحث، سيتم من خلال النقاط التالية:

أولا: شروط صحة حكم التحكيم الإلكتروني

إن حكم التحكيم لابد له من توافر شروط معينة حتى يتمتع بالصلاحية القانونية، وهذه الشروط تنحصر في "أن يكون حكم التحكيم مكتوبا، وأن يكون موقع من قبل المحكمين، وأن يكون الحكم مستوفياً جميع البيانات الضرورية الخاصة ببعض المعلومات الخاصة بعملية التحكيم بأكملها"، إلا أن مفهوم الكتابة والتوقيع سيختلف مفهوميهما في حكم التحكيم الإلكتروني، وذلك ما يدفعنا إلى التساؤل عن مدى الحجية القانونية للكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في إثبات حكم التحكيم الإلكتروني

١- كتابة حكم التحكيم الإلكتروني:

تثار مشكلة الكتابة أيضاً في حكم التحكيم الإلكتروني، حيث إنه كما يتطلب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، لابد أيضاً أن يكون حكم التحكيم مكتوبا، وهذا ما أكدت عليه المادة "١٤٧٣" من التقنين الجديد للإجراءات المدنية الفرنسي، والذي حدد أن حكم التحكيم الدولي لابد أن يكون مكتوبا[١]، شأنه شأن كثير من القوانين الوطنية التي تتطلب الكتابة في حكم التحكيم[٢].

وهذا ما أكد عليه أيضاً القانون النموذجي "Model Law" للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥م في المادة "٣٠/ ١"، (والذي يتطلب أن يكون حكم التحكيم مكتوبا وموقعا من قبل المحكمين والأطراف)[٣].

---

(١)
See at, Article "1473" of the new civil procedures code.

(٢)
See at, Article "1473" of the new civil procedures code.

(٣)
Voir à, Commission des Nations Unies pour le droit commercial =

إلا أن المادة "٥٢" من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦م " قررت أن الأطراف أحرار في أن يتفقوا على شكل الحكم، فإن لم يتفقوا على ذلك، فإن الحكم لابد ن يكون موقعا من قبل المحكمين[1].

إلا أن اتفاقية نيويورك لم تتطلب شرط الكتابة للاعتراف بحكم التحكيم، حيث قضت المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك "لكي يعترف بحكم التحكيم لابد من وجود النسخة الأصلية للحكم، والنسخة الأصلية لاتفاق التحكيم" أو صورة منهما ولكن معتمد ومصدق عليها، وأيضاً يشترط قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م في المواد المدنية والتجارية في مادته "٤٣/ ١" أن يصدر حكم التحكيم كتابة وأن يوقعه المحكمون[2]، فهل يُتطلب هذا الشرط في حكم التحكيم الصادر إلكترونياً؟

بداية، نجد أن معظم النصوص التي استلزمت الكتابة لم تشترط شكلا خاصا لصياغتها أو طريقة تدوينها، فقد تكون بخط اليد أو بالوسائل الإلكترونية، لذا فإن صدور الحكم بالكتابة الإلكترونية يحقق شرط الشكل المطلوب في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، خصوصا مع الاعتراف الدولي الكبير للكتابة الإلكترونية التي أقرته كثير من القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، ومن ذلك قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤، حيث تنص المادة"١٥" من ذلك القانون على أن للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في

=
international, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international,Op.Cit

(١)

See at, http://www.hmso.gov.uk/acts/acts.htm.9,12.12.2006.

(٢) انظر:

http://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.recognition.and.enforcement.convention.newyork 1958/doc.htm,12.12.2004.

المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ولكن ما تطلبته اتفاقية نيويورك من وجود نسخة أصلية لحكم التحكيم، ونسخة أصلية لاتفاق التحكيم لكي يتم الاعتراف بحكم التحكيم، وضعت تساؤلاً مهماً جيداً وهو" هل النسخة الإلكترونية لحكم التحكيم أو النسخة الإلكترونية لاتفاق التحكيم تفي بالشروط التي تتطلبها هذه الاتفاقية ؟

انقسمت الآراء في هذا الشأن:

الرأي الأول: يقول إن النسخ الإلكترونية لحكم التحكيم أو اتفاق التحكيم أمر لا يمثل صعوبة إطلاقا طالما أنه تتوافر معه صحة المعلومة وتكاملها المؤمن والمصدق عليه بالتوقيع الإلكتروني الخاص بالمحكمين.

وهذا ما أكد عليه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية" commission des nations unis pour le droit -"CNUDCI" commercial international - في المادة الثامنة منه، حيث قررت أن النسخة الإلكترونية يمكن الحصول عليها على قدم المساواة بالنسخة الكتابية الأصلية ولكن بشرط صلاحية وشرعية النسخة القانونية[1].

أما الرأي الثاني: يعتبر أن النسخ الإلكترونية لحكم التحكيم أو اتفاق التحكيم لا يمكن أن تكون نسخ أصلية، حيث إنه ليست كل الأحكام التحكيمية المنسوخة إلكترونياً ممكن الاعتماد عليها في الاعتراف بحكم التحكيم، بحكم أن النسخ الإلكترونية أصبح من السهل الحصول على الآلاف منها، بشكل يصعب معه إثبات أصالتها وصحتها وشرعيتها القانونية، وبالتالي

---

(١)

See at, United Nation Conference on Trade and Development, Dispute Settlement, International Commercial Arbitration, 5.9 Electronic Arbitration, available online at, www. Unctadorg /en/docs/edmmisc 232-add20 en.pdf. 12 .4. 2004.

النسخ الإلكترونية لا تفي بالشروط التي تتطلبها اتفاقية نيويورك[1].

وأخيراً، الرأي الثالث: وهو رأى وسط، حيث يسمح بالنسخ الإلكتروني لحكم التحكيم ولكن لابد أن يكون مصدقاً عليه بتوقيع المحكمين يدويا، فالمحكمون لن يقوموا بالتوقيع على حكم التحكيم إلا بعد التأكد من صحة المعلومات وشرعيتها، وبالتالي تكون مستوفية للشروط المتطلبة في اتفاقية نيويورك[2].

٢- توقيع المحكمين على حكم التحكيم:

نصت المادة "٣١" من القانون النموذجي "Model Law" للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ م على ضرورة توقيع المحكم أو المحكمين- حال تعددهم - على حكم التحكيم، وهذا هو المعمول به في التحكيم العادي، حيث يقوم المحكمون بتوقيع الحكم بخط اليد، إلا أن التوقيع بخط اليد غير متيسر في التحكيم الإلكتروني، لذا اقترح البعض، لعلاج مشكلة غياب توقيع المحكمين بخط اليد، إرسال نسخة إلى أعضاء لجنة التحكيم لتوقيعها[3].

الا أن هذا الحل لا يمكن قبوله، لأنه يخرج عن الإطار الإلكتروني الذي يجرى فيه التحكيم، والحل الأمثل هو إعطاء التوقيع الإلكتروني نفس حجية

---

(١)

See at, United Nation Conference on Trade and Development, Dispute Settlement, International Commercial Arbitration ،5.9 Electronic Arbitration, Op. Cit.

(٢)

See at, A. Jasna, International commercial arbitration on the internet: Has the future come too early?, Journal of International arbitration, Vol 14, N0 3, september 1997,.p. 217.

(٣)

Voir à, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international,Op.Cit.,**Voir à aussi, Huet (J.), Valmachino (S.),** Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, Op.Cit., p.113.

التوقيع العادي[1]، وهذا ما أقره التشريع الألماني الصادر في ٢٢ يوليو ١٩٩٧ بشأن خدمات المعلومات والاتصالات، وكذلك قواعد " OMPI " التي نصت على "أن يوقع الحكم إلكترونياً من أعضاء اللجنة"[2].

وهذا ما أكد عليه أيضاً قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤- كما سبق ذكره-، حيث نصت المادة "١٤" من ذات القانون على أن للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعلومات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

وبناءً على ما سبق ذكره فإن توقيع المحكمين على حكم التحكيم إلكترونياً لا يعتبر خروجاً على ما تطلبته القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية من ضرورة التوقيع على الحكم من قبل المحكمين، حيث إن التوقيع الإلكتروني يتساوى وظيفيا مع التوقيع التقليدي باعتراف دولي كبير.

٣- استيفاء بعض البيانات الضرورية في حكم التحكيم

نصت المادة ١٤٧٢ من التقنين الجديد للإجراءات المدنية الفرنسي على أن" الحكم لابد أن يتضمن عدداً من الشروح والبيانات المتعلقة بأسماء المحكمين الذين يقومون بإصدار الحكم، والتاريخ، والمكان، والمعلومات المتعلقة بالأطراف مثل(الأسماء، اللقب، الموطن، المقر الاجتماعي، وأسماء المحامين)، وفى المادة"١٤٨٠" من نفس التقنين حددت أن إغفال أي من

---

(١) تنص المادة "٣٣" من قانون التحكيم الأمريكي الموحد" Uniform Arbitration Act " الصادر في ١٦ مارس ٢٠٠٠م على استخدام التوقيع الإلكتروني من المحكمين على الحكم عندما ينقل الحكم للأطراف عبر الإنترنت.

(٢)
La décision est revêtue de la signature électronique du ou des membres de la commission.

البيانات التالية يترتب عليها البطلان المطلق".

وهذا الأمر لا يختلف عنه في التحكيم الإلكتروني، فإن الحكم التحكيمى الإلكتروني لابد من أن يستوفى بعض البيانات الأساسية، مثل ما تطلبته القرارات الصادرة من منظمة الملكية الفكرية" OMPI " من بيانات في المنازعات المتعلقة " Domain-Name "، حيث أكدت المادة "١٥" من لائحة "ICANN أن " القرار الصادر من اللجنة لابد أن يصاغ كتابة، ويوضح فيه أسباب الحكم، ويشار فيه إلى التاريخ التي صدر فيه الحكم، واسم المحكم، أو المحكمين........." وهيكل هذه البيانات متضمن في سبعة فصول – في هذا القرار- موضح فيه البيانات المتطلبة، وهى "هوية الأطراف، موضوع النزاع، تاريخ الإجراءات، الوقائع، البراهين، المناقشات، القرارات"[(١)].

وإذا ما أستوفى حكم التحكيم الشروط السابق الإشارة إليها، فيكون معد إلى أن ينفذ، ولكن كيف يمكن تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني ؟.

ثانيا: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

غالبا ما تنتهي خصومة التحكيم، كأي خصومة أمام القضاء العادي، بصدور حكم يفصل في النزاع محل اتفاق التحكيم، وإذا كان القاضي يطبق على موضوع النزاع قانونه الوطني، ويراعى عند تنفيذ الحكم الشروط والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، فإن المحكم أيضا يراعي الشروط والإجراءات المنصوص عليها في القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في صدوره لحكم التحكيم، إلا أن تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني يتمتع بخصوصية معينة من حيث شروط تنفيذه، وإجراءات إصدار الأمر بتنفيذه، وضمانات هذا التنفيذ، وذلك على النحو التالي:

---

(١)

Voir à, A.Caprioli (E.), Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, "Arbitrage en ligne", Litec Juris-Classeur édition, Paris, 2003., p.150.

١- شروط تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

أن شروط تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني يختلف بحسب ما إذا كان أجنبياً أم طليقاً[(١)] وذلك ما يتطلب منا معرفة معايير إصباغ صفة الأجنبية على حكم التحكيم، ومتى يعتبر حكم التحكيم طليقاً أو "غير منتمٍ".

أ- معايير سباغ صفة الأجنبية على حكم التحكيم ومدى إمكانية تطبيقها على حكم التحكيم الإلكتروني

إن تحديد جنسية حكم التحكيم أو صفته ما إذا كان وطنيا أو أجنبيا يعد من المسائل الحيوية في مجال تحديد اختصاص القانون الوطني بالمراقبة وإصدار أمر التنفيذ من ناحية، وتحديد الشروط الواجب توافرها في الحكم المراد تنفيذه من ناحية أخرى، ولذلك اتجهت غالبية الدول في التفرقة في المعاملة – سواء من ناحية الاعتراف وطرق الطعن- بين أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية، وهذا المعيار يتغير تبعا للرؤيا الوطنية للدولة المتلقية للحكم.

وقد أخذت بهذا المبدأ بعض المعاهدات الدولية مثل الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، وبعض لوائح هيئات التحكيم مثل محكمة التحكيم الدولية " I.C.C. "[(٢)].

ويترتب على التفرقة بين التحكيم الوطني والأجنبي نتائج مهمة منها، تحديد القانون الواجب التطبيق:فالتحكيم الوطني يستتبع تطبيق القانون الوطني بطبيعة الأمر، بخلاف الحال فيما إذا أشتمل التحكيم على عنصر أجنبي أو أكثر فنكون أمام احتمال تطبيق قانونٍ أو عدة قوانين أجنبية[(٣)]، وكذلك مدى

---

(١) فمثلاً، يختلف تنفيذ أحكام التحكيم في جمهورية مصر العربية، على حسب طبيعة الحكم، فإذا كان حكم التحكيم وطنياً، فسيدخل التنفيذ في نطاق قانون المرافعات، وإذا كان حكم التحكيم أجنبياً، فسوف ينفذ وفقاً لقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ م الخاص بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، أو ينفذ وفقاً لشروط اتفاقية دولية ترتبط بها مصر.

(٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الخاص الدولي، مرجع سابق، ص٤١.

(٣) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الخاص الدولي، مرجع سابق، ص٤١.

خضوعه للمعاهدات الدولية المبرمة في مجال التحكيم وهى كثيرة سواء تلك التي تضع قواعد موضوعية أو تتضمن قواعد إسناد[1]، كما يترتب على هذه التفرقة تحديد مدى إعمال فكرة النظام العام: حيث إن فكرة النظام العام تضيق عندما نكون بصدد حكم تحكيم أجنبي بعكس ما إذا كان حكم التحكيم وطنيا حيث تطبق هذه الفكرة بكل محتوياتها[2].

وبناءً عليه، يثور التساؤل حول الأساس أو المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه في التمييز بين حكم التحكيم الوطني والأجنبي؟

استقر الفقه على معيارين لتحديد صفة حكم التحكيم، وهما المعيار القانوني والمعيار الإقليمي، وسوف نتناول شرحها تباعا:

المعيار الإقليمي:

ويقصد بالمعيار الإقليمي، إسباغ جنسية الدولة التي صدر فيها الحكم على حكم التحكيم، وهذا لا يعنى إعطاء الحكم جنسية الدولة المطلوب فيها التنفيذ بحسب رأى البعض، ولكن كل ما على الدولة المطلوب منها التنفيذ أن تقرر إذا كانت تعتد بمعيار محل صدور الحكم أم لا، وأن تحدد فيما إذا كان الحكم أجنبيا أو وطنيا بالنسبة لها، أما إضفاء جنسية الدولة على الحكم فهو اختصاص الدولة التي جرى فيها التحكيم وصدر الحكم على أراضيها[3]، فهي تستطيع وحدها إضفاء جنسيتها على الحكم من خلال التصديق عليه[4].

ولكن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به إلا بعد تحديد جنسية الدولة التي يرتبط بها الحكم أولا- مثل القول بأنه حكم تحكيم أردني أو مصري أو فرنسي- وذلك لتطبيق مبدأ المعاملة بالمثل، أو تطبيق معاهدة ثنائية، أو معرفة ما إذا كانت

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الخاص الدولي، مرجع سابق، ص٤٤.

(٢) د. أشرف وفا محمد، تنازع القوانين في مجال التقادم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص٢٦٦

(٣) د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، مرجع سابق، ص٢٦.

(٤) د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، مرجع سابق، ص٢٦.

هذه الدولة عضو في معاهدة جماعية دولية أم لا[1].

وهكذا فإن التحكيم يكون مصرياً إذا صدر في مصر، ويكون إماراتيا إذا صدر في الإمارات العربية المتحدة، ويكون فرنسياً إذا صدر في فرنسا........الخ، وبصرف النظر عن القانون الذي تم وفق أحكامه، بل وبصرف النظر عن أي معايير جغرافية أخرى[2].

ويلاحظ أن هذا المعيار لم يوضع أصلا لتحديد صفة حكم التحكيم، وإنما جاء لتحديد صفة الحكم القضائي الصادر عن القضاء الرسمي للدولة، حيث إن محل صدور الحكم القضائي ليس هو المقصود في حد ذاته لتحديد جنسيته، ولكنه يمثل معيارا كاشفا عن أن هذا الحكم قد صدر بواسطة قاضٍ ينتمي لدولة ما، وكونه قد روعيت فيه القواعد الإجرائية الوطنية السارية في هذه الدولة[3].

وقد لاقى هذا المعيار صدى كبير- أيضاً- في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم مثل اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها- وهى أهم اتفاقية دولية في مجال التحكيم الدولي وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية- حيث نصت في مادتها الأولى على أن (تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها......)[4].

ويفهم من هذا النص أن أحكام التحكيم الوطنية هي التي تصدر في إقليم الدولة أما الأحكام الأجنبية فهي الأحكام الصادرة خارج إقليم الدولة، وكذلك أخذت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي التي عقدت في

(١) د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، مرجع سابق، ص٢٦.

(٢) د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، مرجع سابق، ص٢٦.

(٣) د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، مرجع سابق، ص٢٦

(٤) د. سامية راشد، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م، ص٣٥٢.

جنيف في ٢١ ابريل ١٩٦١ -أيضاً- بالمعيار الجغرافي في تحديد وطنية أو أجنبية حكم التحكيم حيث تحيل مسألة جنسية حكم التحكيم إلى الدولة التي صدر فيها الحكم، أو صدر الحكم وفقا لقانونها.

ويتميز هذا المعيار بالوضوح وسهولة الوصول إليه في الغالب لتحديد جنسية حكم التحكيم، باعتبار أن المعيار الجغرافي يتميز بربط حكم التحكيم بالدولة التي صدر فيها الحكم[1].

ولكن، هل من الممكن تطبيق هذا المعيار على حكم لتحكيم الإلكتروني لتحديد جنسيته ؟

في الواقع، إن الإجابة على هذا التساؤل انقسم إلى اتجاهين:

فالأول: يقول بصعوبة تطبيق هذا المعيار على حكم التحكيم الإلكتروني، لقيام هذا المعيار على السمة الإقليمية البحتة والمتعلقة بسيادة الدولة والذي يتعارض بالطبع مع طبيعة التحكيم الإلكتروني، حيث في الغالب يصدر حكم التحكيم الإلكتروني في فضاء الإنترنت الغير المرتبط بمرتجع أرضي.

والثاني: يقول أن مدى الاستناد على هذا المعيار في تحديد صفة حكم التحكيم الإلكتروني، يعتمد على التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول:

إذا تم اختيار مكان التحكيم الإلكتروني باتفاق أطراف النزاع، فلا يوجد مشكلة في تحديد جنسية حكم التحكيم الإلكتروني، حيث اختيار الأطراف لقانون دولة معينة باعتباره مكان التحكيم يسهل من مسألة تحديد صفة حكم التحكيم الإلكتروني، ويمكن استخلاص نية الأطراف في اختيار قانون محل التحكيم من خلال اختيار قانون محل التحكيم لحكم موضوع النزاع، أو من خلال اختيار قواعد مركز أو هيئة تحكيم تقع على إقليم الدولة المذكورة، ففي هذه الحالة يأخذ هذا الاختيار أهمية جدية باعتباره مؤشراً مهماً في إسباغ

---

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الخاص الدولي، مرجع سابق، ص٥٩.

الصفة الأجنبية أو الدولية للتحكيم، فإذا ما كان حكم التحكيم الإلكتروني أجنبياً بناءً على هذا المعيار، فإن شروط تنفيذه وفقا للقانون المصري سيكون تبعا لقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في المواد المدنية والتجارية، وقد حددت المادة (٥٨) من هذا القانون على أنه" لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا بعد التحقق من توافر الشروط الثلاثة الآتية:

١- أن لا يتعارض حكم التحكيم مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع، وهذا الأمر لا يترتب عليه أي مشكلة في التحكيم الإلكتروني، حيث إن حكم التحكيم الإلكتروني الصادر يجب ألا يتعارض مع حكم تحكيم صدر من المحاكم المصرية.

٢- ألا يتضمن الحكم ما يخالف النظام العام، بمعنى إذا ما كان محل حكم التحكيم الإلكتروني أموال قمار"Casino-Game " مثلا- مثل ما أثير في قضية " Handa-lopez "، حيث صدر حكم تحكيم إلكتروني في لعبة قمار إلكترونية[1]- فإن هذا الحكم سيعتبر مخالفاً للنظام العام في مصر، وبالتالي لا يقبل تنفيذه، حيث قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ ٢٦/ ٤/ ١٩٨٢ بشأن انطباق قواعد النظام العام " أن مناط استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفق المادة (٢٨) من القانون المدني هو أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام في مصر، أي تتعارض مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة............" [2]، وبذلك تكون محكمة النقض قد ضيقت في الحقيقة من نطاق فكرة النظام العام، وقصرت المخالفة على للنظام العام في مصر على المسائل التي تتعارض جذريا مع الأسس التي يقوم عليها المجتمع في مصر من النواحي السياسية والاقتصادية أو الخلقية[3].

---

(١)
See at, C.Celeste Creswell, Arbitration Clauses in Online Agreements, www.acm.org/ ubiquit/ views/ ccreswell1.html.2002, 20.3.2007. ,p.1

(٢) حكم نقض مدني بجلسة ٢٦/ ٤/ ١٩٨٢ السنة قضائية ٤٧، ص٧١٤

(٣) د.سمير برهان، اتفاق التحكيم في التجارة الإلكترونية، بحث مقدم لندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، ديسمبر ٢٠٠٧م، ص٩

٣- أن يتم إعلان الحكم المحكوم عليه إعلانا صحيحا[(١)]، ومسألة الإعلان في التحكيم الإلكتروني تتمتع بخصوصية معينة، بحكم أنها تتم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، ومنها على سبيل المثال "البريد الإلكتروني المأمون " "securée " الذي يضمن توقيت وتاريخ إعلان الحكم للمحكوم عليه، ويضمن أيضاً كمال وتمام المعلومات الموجودة في إعلان الحكم دون تحريف أو خطأ

وقد باركت محكمة النقض الفرنسيةاستعمال إحدى الخصوم لجهاز الفاكس في إعلان الأوراق إلى محامي الخصم الآخر طالما أن المحامين قد تراضيا على ذلك.

الفرض الثاني:

إذا كان اختيار مكان التحكيم عن طريق الصدفة ولم يكن محددا سلفا في العقد، أي أن محل صدور الحكم عنصرا عرضيا ومصطنعا وغير متفق عليه مسبقاً، ففي هذه الحالة لابد من التفرقة بين أمرين:

أولهما: إذا ما أرتضى الأطراف لاحقا على هذا المكان، فلا يوجد مشكلة في الاعتماد عليه في تحديد جنسية حكم التحكيم الإلكتروني.

والآخر: إذا لم يرتضى الأطراف اختيار ذلك المكان فلا يمكن الاعتماد على ذلك المكان لتحديد جنسية حكم التحكيم[(٢)].

وبالرغم من صعوبة إنكار أن مكان صدور حكم التحكيم له أهميته كمؤشر علا أجنبية أو دولية حكم التحكيم، إلا أن كثيرا من الفقه وجد أنه لا يكفي وحده كمعيار لتحديد جنسية حكم التحكيم، وأكد على هذا الاتجاه كثير

---

(١) ولبيان كيفبة الإعلان أو الإعلام عن طريق البريد الإلكتروني المأمون عن طريق تشفيره والذي لا يملك إحدى مفتاح شفرته إلا أطراف النزاع والمحكمون والقائمون على خدمة التحكيم الإلكتروني.

(٢) د.عزت محمد على البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص٥٦: ٥٧

من الفقهاء الفرنسيين بقولهم (أنه كثيرا ما يكون لمكان صدور حكم التحكيم أهمية هامشية بالنسبة لإجراءات التحكيم في جملتها فهو معيار غير كافٍ)[1].

كما أن المعيار الجغرافي الذي يستند إلى مكان صدور حكم لإسباغ جنسية معينة على حكم التحكيم الإلكتروني يعد للوهلة الأولى غير مناسب[2]، ووجه الاعتراض هنا يستند إلى أساس عملي أن مكان صدور الحكم لا يحتل بالضرورة الأهمية القصوى في عملية التحكيم برمتها، فقد يكون مجرد صدفة، وقد يجتمع المحكمون في مكان لمجرد برهة من الوقت للنطق بالحكم وتوقيعه، فما هو الأساس في تفضيل هذا المكان على مكان آخر

كما أن من شأن الأخذ بهذا المعيار في حكم التحكيم الإلكتروني هو أن تظل جنسية التحكيم غير محددة حتى صدور الحكم، بحكم أن التحكيم الإلكتروني يتم – في الغالب- برمته على شبكة الإنترنت الدولية التي لا ترتبط بأي روابط جغرافية.

نخلص مما سبق ذكره من الخلاف الفقهي – حول مدى صلاحية هذا المعيار في تطبيقه على حكم التحكيم الإلكتروني- إلى عدم كفاية هذا المعيار لتحديد صفة التحكيم الإلكتروني، حيث يكتنفه الكثير من المشاكل في تطبيقه، مما يستلزم البحث عن معيار أكثر موضوعية يرفع التردد والحيرة عن القاضي المطلوب منه تنفيذ حكم التحكيم، وهو المعيار الإجرائي.

المعيار الإجرائي:

يقوم هذا المعيار[3] على إسباغ جنسية الدولة التي طبق قانونها الإجرائي على التحكيم، حيث يعتمد تحديد صفة حكم التحكيم على القانون الإجرائي للدولة التي طبق قانونها على التحكيم، فحكم التحكيم يكون وطنيا، حتى لو صدر في الخارج، وإذا تم التحكيم وفق أحكام القانون الوطني، وعلى العكس

(١ د.عزت محمد على البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص٥٦: ٥٧

(٢ د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، مرجع سابق، ص٢٨.

(٣ د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، مرجع سابق، ص٢٩.

فإن الحكم يكون أجنبيا، ولو صدر في دولة القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم إذا تم التحكيم وفق أحكام قانون أجنبي.

وإذا كانت قاعدة خضوع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف ليست محل شك، فإن الصعوبة تثور عند عدم الاتفاق على قواعد للإجراءات أو عدم الإشارة إلى قانون يطبقه المحكم في الإجراءات[1].

وهذه الصعوبة يسهل حلها بالنسبة للتحكيم الذي يتم في إطار هيئات دائمة للتحكيم، حيث يوجد لهذه الهيئات لوائح تتضمن قواعد للإجراءات تطبقها هيئات التحكيم، حيث إن مجرد إشارة الأطراف لحل نزاعهم بالتحكيم وفقا لإحدى هذه الهيئات يعد بمثابة قبول للإجراءات التي تطبقها هذه الهيئة، وكذلك الأمر أيضاً بالنسبة للمعاهدات الدولية، مثل اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (اتفاقية واشنطن) ١٩٦٥ حيث تنص في المادة (٤٤) على خضوع إجراءات التحكيم لهذه المعاهدة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

ولكن الصعوبة تكون عند عدم الاتفاق بين الأطراف على قواعد تحكم إجراءات التحكيم، أو عدم إشارته إلى قانون يطبق على هذه الإجراءات، حيث أقر بعض الفقه وجوب الرجوع في هذه الحالة لقانون محل التحكيم، مع مراعاة أن يكون ذلك لإكمال ما اتفق عليه الأطراف من قواعد[2]

واستخلص البعض[3] تأييد اتفاقية نيويورك للمعيار الإجرائي، وذلك عندما تتحدث الاتفاقية في مادتها الأولى عن تعريف الأحكام الأجنبية التي اعتبرتها بالدرجة الأولى تلك الأحكام الصادرة في دولة غير التي يراد الاعتراف بالحكم وتنفيذه فيها، وتسرى كذلك على الأحكام الصادرة في نفس الدولة المطلوب فيها التنفيذ إذا اعتبرتها هذه الدولة مع ذلك أجنبية، ويكون ذلك نتيجة

---

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الخاص الدولي، مرجع سابق، ص١٣٥.

(٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الخاص الدولي، مرجع سابق، ص١٣٥.

(٣) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الخاص الدولي، مرجع سابق، ص١٣٣.

أن التحكيم خضع لقانون إجرائي مختلف عن قانون الدولة المطلوب فيها الاعتراف بالحكم والتنفيذ[1]، حيث لم تلتزم اتفاقية نيويورك بالأخذ بمعيار معين بل أعطت للدولة إمكانية تحديد صفة الحكم الصادر على أراضيها بأنه أجنبي من عدمه[2].

ويتميز هذا المعيار أنه يتجنب المشاكل العملية المترتبة على الأخذ بالمعيار الجغرافي لأنه لا يخضع لتغييرات المكان، حيث إن القاضي المطلوب منه الاعتراف والتنفيذ للحكم التحكيمى ما عليه إلا أن يتأكد من مراعاة القواعد الإجرائية المتبعة حسب القانون الإجرائي المختار[3]، بالإضافة إلى إعلائه مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم عليه نظام التحكيم بأكمله، وإعطاء الأطراف اختيار القانون الإجرائي الذي يرونه مناسبا، ويكون هذا الاختيار صادرا من الأطراف صراحة أو ضمنا" الإرادة المفترضة"، كما إن الأخذ بهذا المعيار يتفق مع الطبيعة الخاصة للتحكيم كنظام لحسم المنازعات، وهى الطبيعة التي سلم بها أغلب الفقه، حيث إن الأخذ بالمعيار الجغرافي يقوم على تشبيه أحكام التحكيم بالأحكام القضائية، بينما المعيار الإجرائي (القانوني) يقوم على إعطاء القانون المختار من قبل الأطراف، أو من قبل هيئة التحكيم الحق في تحديد صفة حكم التحكيم[4].

والرأي المختار بعد هذا التحديد لكلا المعيارين وإظهار مزايا وعيوب كل معيار هو الأخذ بالمعيار الإجرائي (القانوني) لتحديد صفة حكم التحكيم (جنسية حكم التحكيم) مع الأخذ بعين الاعتبار البحث عن الإرادة المفترضة للأطراف في حالة غياب التعبير الصريح أو الضمني من جانب الأطراف على اختيار القانون الإجرائي، بحيث يجب أن يراعى في استخلاص هذه الإرادة المفترضة للقانون الواجب التطبيق أن يتحقق من صحة اتفاق للتحكيم

---

(١) د. عزت البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص٦٣.

(٢) د. عزت البحيرى، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص٦٣.

(٣) د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، مرجع سابق، ص٢٩.

(٤) د. عزت البحيرى، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص٦٥.

وإجراءاته وسلامة الحكم الصادر ونفاذه[1].

وبتطبيق هذا المعيار على حكم التحكيم الإلكتروني نجد أنه في حالة اتفاق الأطراف على القانون الإجرائي المتبع في السير الإلكتروني للعملية التحكيمية، سواء كان قانون دولة معينة، أو القواعد الإجرائية لهيئة من هيئات التحكيم الدولية، أو وفقاً لقواعد اتفاقية دولية معينة، فسوف يتحدد جنسية الحكم التحكيمي، أو صفته بناءً على هذا المعيار- ما إذا كان أجنبيا أو وطنيا-، ويتم تنفيذه وفقا لتحديد صفته، فمثلا إذا كان أجنبيا ويراد تنفيذه في مصر، فسوف ينفذ وفقا لقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في المواد المدنية والتجارية، ولكن إذا كان الحكم وطنيا فسوف ينفذ وفقا لقانون المرافعات المصري، إلا أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف- صراحة أو ضمناً- على تحديد القانون الإجرائي أو عدم إشارتهم إلى قانون يطبق على هذه الإجراءات، يمكن الرجوع في هذه الحالة إلى معيار مكان التحكيم، إلا أن عدم إمكانية تحديد مكان التحكيم الإلكتروني ينتج لنا حكم تحكيم إلكتروني طليق وغير منتمٍ، ولكن ما هو حكم التحكيم الطليق، وكيفية تنفيذه؟

ب- أحكام التحكيم الطليقة الغير منتمية:

يعني حكم التحكيم الطليق عموما بأنه ذلك الحكم الذي لا يقع تحت طائلة قانون تحكيم وطني معين، وبالتالي يكون الحكم غير منتمي إلى جنسية معينة " Denationalized award " ، ولا يعني حكم التحكيم الطليق ذلك المنقطع الصلة بقانون مكان التحكيم، ولكنه ذلك الذي لا يتصل بأي نظام قانوني وطني آخر، فالتكوين القانوني للحكم التحكيمي في هذه الحالة مقطوع الصلة بأي من القوانين الوطنية فهو قرار طليق " sans-lois"[2].

---

(١) د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، مرجع سابق، ص٣٤.

(٢)

See at,J.Paulsson, Arbitration unbound ,award detached from the law of its country of origin, the international and comparative law quarterly, Cambridge University Press edition, 1981,Vol 30,p.358:368.

وينبغي التنبيه إلى الاختلاف بين حكم التحكيم اللامنتمي أو الطليق بالمعني السابق وبين حكم التحكيم الدولي (أي الحكم الناتج عن تحكيم يتصف بالدولية) فالدولية تتحقق عند اتصال عملية التحكيم ذاتها أو اتصال المنازعة التي تسوي بالتحكيم بأكثر من نظام قانوني معين، في حين أن التحكيم اللامنتمي لا يتصل بأي نظام قانوني وطني معين[1] .

وقد تعددت التسميات التي أطلقت على هذا النوع من أنواع أحكام التحكيم، مثل تسميته بالحكم الغير المنتمى، أو الحكم العائم عبر الدول، أو الحكم الطليق، أو الحكم الذي يعلو الدول، ويفضل البعض تسميته أحكام التحكيم الطليقة على هذا النوع من الأحكام، وذلك لأن إطلاق اصطلاح حكم التحكيم الذي يعلو الدول يعنى وجود هيئة تعلو الدول تختص بإصدار هذا النوع من الأحكام لها سلطة إملاء إرادتها على الدول الأعضاء في المجتمع الدولي، أي تكون هذه الهيئة فوق الدول، أما اصطلاح حكم التحكيم عبر الدولي فهو يعنى تمتع أحكام التحكيم بقوة النفاذ الدولي التلقائي، وهذا أمر غير حقيقي[2].

ولا يمكن وجود أحكام تحكيم طليقة- في التحكيم التقليدي- إلا إذا كان المعيار المتبع لتحديد صفة حكم التحكيم هو المعيار القانوني (أي معيار القانون الإجرائي الواجب التطبيق)، حيث يشترط لتحقيق وجود هذه الأحكام أن تتجه إرادة الأطراف إلى إبعاد التحكيم عن الارتباط بأي نظام قانوني وطني ،وأن يكون المعيار المتبع في دولة التنفيذ لتحديد صفة حكم التحكيم هو المعيار الإجرائي[3]

إلا أنه في التحكيم الإلكتروني، يمكن أن تنتج أحكام تحكيم طليقة إذا كان المعيار المتبع لتحديد صفة حكم التحكيم هو المعيار الإقليمي، لأن التحكيم

---

(١) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٧٤.

(٢) د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، مرجع سابق، ص٣٣.

(٣) د. عزت البحيرى، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص٩٧.

الإلكتروني من الصعب أن يحدد فيه مكان أرضي يعتمد عليه في تحديد جنسية حكم التحكيم، وذلك وفقاً لمبدأ اللامكانية التي تجرى عليه سير العملية التحكيمية، -ما لم يحدد الأطراف مكاناً للتحكيم الإلكتروني، أو تحدد الهيئة المسند إليها العملية التحكيمية مكان التحكيم-، فإذا لم يكن للتحكيم الإلكتروني نطاق مكاني، فنستطيع أن نطلق على حكم التحكيم الإلكتروني حينئذ حكم تحكيم طليق.

ويؤكد الواقع العملي بالفعل ندرة أحكام التحكيم غير المنتمية، ولكنها تبقى مع ذلك موجودة، وخاصة في أحكام التحكيم التابعة الصادرة عن مراكز أو هيئات دائمة، مثل المحكمة التحكيمية الأوروبية، أو محكمة غرفة التجارة الدولية، أو مركز تسوية المنازعات (ICEID)[1]، وأيضا أحكام التحكيم الصادرة عن المحاكم الفضائية التي تقدم خدمة التحكيم على الخط لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية[2]، كما أن اللجوء إلى هذه المراكز والهيئات الدولية للتحكيم في مجال التجارة الدولية يدل دلالة حقيقية على أن وجود أحكام تحكيم غير مرتبطة بقانون معين صار واقعاً ملموسا، إذ أنه في هذه الحالة يكون إضفاء جنسية معينة على حكم التحكيم الطليقة مصطنعاً وغير ملموس، لأن الأطراف قد استبعدوا بإرادتهم كل ارتباط بين هذا التحكيم وأي قانون وطني معين[3].

والجدير بالذكر، إن صفة الحكم الطليق هي صفة نسبية مثلها مثل نسبية صفة الأحكام الأجنبية والوطنية، حيث يمكن أن يكون الحكم طليقا من وجهة نظر نظام قانوني معين، ويكون حكم تحكيم دولي وفقا لنظام قانوني آخر، وذلك على اختلاف المعايير التي يتبناها المشرع في هذا النظام[4].

---

(١) د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، مرجع سابق، ص٣٧.

(٢) مثل:

http://www.MIGHIGANCYBERCOURT.NET.,17.12.2008.

(٣) د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، مرجع سابق، ص٣٧.

(٤) انظر:

http://www.mohamoon.com. ,12.9.2008.

وبالنسبة للاعتراف بحكم التحكيم الطليق وتنفيذه، فإن محاكم قليل من الدول هي التي سترغب في الاعتراف بالحكم غير المنتمي وتنفيذه، وذلك لأن مفهوم التحكيم اللامنتمي غير معروف في معظم الدول، حيث إن محاكم هذه الدول تعتبر التحكيم محكوما بقانون الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها أو وفقا لقانونها، ولا يمنع ذلك من أن بعض الدول لا تمانع في الاعتراف بهذا النوع من الأحكام مثل فرنسا، وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف باريس في إحدى القضايا- وهى قضية" Gnmtc V.GotaVerken "- برفض النظر طلب إبطال حكم التحكيم، وأسست المحكمة رفضها أن حكم التحكيم لم يرتبط في أي مرحلة من مراحله بدولة فرنسا، وأن الحكم لم يكن محكوما بقانون التحكيم الفرنسي[1] مستندة في ذلك إلى الحجج الآتية:

- أن المادة "٢" من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية لسنة ١٩٧٥ التي يخضع لها التحكيم تستبعد تطبيق أي قانون وطني.
- إن الأطراف والمحكمون لم يشترطوا تطبيق القانون الفرنسي على التحكيم.
- كون باريس مقراً للتحكيم لم يكن إلا لكونها مكانا محايدا[2].

---

(١) إلا أن موقف القضاء الفرنسي هنا غريب، حيث على الرغم من أن فرنسا من الدول التي تعترف بأحكام التحكيم الطليقة، واعترفت بالفعل في ذلك الحكم بذلك- حيث إن الحكم صادر من غرفة التجارة الدولية التي تنص في لائحتها في المادة " الثانية" على أنها تستبعد تطبيق أي قانون وطني- ،إلا أنها رفضت النظر في طلب إبطال هذا الحكم، مما يؤكد أن هذا الموقف من القضاء الفرنسي فيه إنكار للعدالة، انظر، د. عزت البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص١٠٠.

(٢)
For instance, in 1980, the Paris Court of Appeal decided that it had no jurisdiction to set aside an ICC award issued in an arbitration held in France because the arbitration was not governed by French law ،neither the arbitrators nor the parties having expressed such a choice, Note,**Phillipe Fouchard** on GNMTC v. Götaverken, 107 Journal Du Droit International, 660 passim 1980,**voir à, G.Kaufmann-Kohler,** Globalization of Arbitral Procedure,Vanderbilt Journal Of Transnational Law [Vol. 36:1313],enligne, law .vanderbilt.edu/publications/journal-of...law/...4/download.aspx,12.12.2003.

وبناء على ذلك، يلاحظ أن مشكلة النفاذ الدولي لأحكام التحكيم الطليقة ترتبط بعدم وطنية الحكم المراد تنفيذه، وليس بجنسية محددة لهذا الحكم، فمثلا القاضي المصري إذا تبين له أن حكم التحكيم المطلوب الأمر بتنفيذه، لا يعد من وجهة نظر القانون المصري حكما تحكيمياً وطنيا، فإنه يستوي في هذه الحالة أن يكون الحكم فرنسيا أو أردنيا أو لا ينتمي إلى أي دولة[١]، حيث إن أحكام التحكيم الدولية يتم تنفيذها وفقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م في المواد المدنية والتجارية، ولكن المشكلة تدق عندما يكون حكم التحكيم ليس له جنسية معينة، فهنا يعجز القاضي المصري عن التصرف تجاه هذا الحكم المعدوم الجنسية، لأنه لا يوجد في القانون المصري نصوص تعالج أحكام التحكيم الطليقة.

وطرحت فكرة الحكم الطليق في إطار الأعمال التحضيرية لاتفاقية نيويورك، ولم تتمخض المناقشات الموسعة في مؤتمر الأمم المتحدة عن الوصول إلى رأي موحد حول هذه الفكرة، حيث لم تلق تأييدا من غالبية الوفود في هذا المؤتمر الذي انتهى إلى وضع اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨، ويبدو من دراسة الأعمال التحضيرية لاتفاقية نيويورك أن معظم الدول لم تشأ أن تخاطر بالأخذ بمفهوم متحرر وغير محدد مثل مفهوم الحكم الطليق، وكانت هناك دائما فكرة عامة محورها أن لا ينبغي استبعاد المحاكم الوطنية نهائيا فيما يتعلق بالتحكيم، وبصفة خاصة محاكم الدولة التي يجرى على إقليمها، لأن هذا الاستبعاد خصوصا فيما يتعلق بالرقابة، وكذلك المساعدة، قد يؤدي إلى المساس بالعدالة أو إساءة استعمال حرية الأطراف في مجال التحكيم[٢].

وقد شهدت الأعمال التحضيرية لاتفاقية نيويورك مناقشات واسعة حول مسألة ربط التحكيم بقانون وطني من عدمه ما بين اتجاه متحرر تتزعمه غرفة

---

(١) د. عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، مرجع سابق، ص٤٠

(٢)

See at ،A.Sultan, .the United Nations arbitration convention and United States policy, online at, http://www.jstor.org/pss/2195752,12.12.2003,p.1

التجارة الدولية وبعض الدول الأخرى كفرنسا وألمانيا، واتجاه تقليدي إلى حد ما تتزعمه ECOSOC [1] ومعظم الدول الأخرى، ويبدو من هذه المناقشات غلبة الفريق الأخير على الأقل فيما يتعلق بهذه الجزئية محل البحث، وتتشابه مع اتفاقية نيويورك في بعض أحكامها التقليدية اتفاقية جنيف لسنة ١٩٢٧ م[2]، حيث يظهر من أحكام الأخيرة اتجاها الواضح نحو ربط التحكيم بقانون تحكيمي وطني معين

وقد رأى البعض أن اتفاقية نيويورك تطبق على تنفيذ حكم تحكيم صادر في دولة غير الدولة المطلوب تنفيذه فيها، وأنصار الحكم الطليق ينكرون توطين حكم تحكيم في دولة ما ، فكيف يدخل هذا الحكم- أي الحكم الطليق- في إطار اتفاقية نيويورك[3].

وعلى ضوء ما تقدم ذكره، نجد أن حكم التحكيم الإلكتروني في أغلب الأحيان حكم عائم وطليق وغير منتمٍ، وخصوصا في حالة غياب إرادة الأطراف في تحديد مكان حكم التحكيم الإلكتروني، أو القانون الإجرائي الواجب التطبيق، والذي يحدد على أساسهما صفة حكم التحكيم أو جنسيته"، فتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الطليق في الدول التي تعترف بأحكام التحكيم الطليقة لا توجد فيه أدنى مشكلة، مثل فرنسا- حيث تعترف بالنفاذ الدولي لأحكام التحكيم الطليقة- ولكن المشكلة تدق في الدول والاتفاقيات الدولية- مثل اتفاقية نيويورك كما سبق أن أشرنا- التي لا تعترف بالنفاذ الدولي لأحكام التحكيم الطليقة، حيث لم يلقي هذا الحكم أي صدى قانوني في هذه الدول.

---

(١) United Nations Economic And Social Council

(٢) See at ،A.Sultan, the United Nations arbitration convention and United States policy, Op.Cit, p.1.

(٣) See at ،A.Sultan, the United Nations arbitration convention and United States policy, Op.Cit, p.1.

وإني لاتفق مع الرأي القائل بأنه لابد من وجود اتفاقية دولية تلزم السلطات الوطنية بقبول وتنفيذ أحكام التحكيم الإلكترونية الطليقة، وهنا لن تتردد تلك القوانين الوطنية عن وضع ضوابط وشروط ومعايير لتلك الأحكام[١]

٢- إجراءات إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني:

بعد دراسة شروط تنفيذ أحكام التحكيم نجد ضرورة لدراسة إجراءات استصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيث إن استصدار أمر التنفيذ يحتاج- حتى يصبح الحكم قابلا للنفاذ في الإقليم الوطني- إلى إجراءات معينة، بحكم أن الأحكام التحكيمية ينقصها القوة التنفيذية التي لا تكون لها إلا بأمر من قضاء الدولة لاكتساب عنصر الأمر والجبر، على الرغم ما لها من قيمة قانونية ذاتية[٢].

وإجراءات التنفيذ تختلف حسب ما إذا كان حكم التحكيم الدولي (الأجنبي) يخضع للقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م في المواد المدنية والتجارية - وذلك بتوافر المعايير المنصوص عليها في هذا القانون لاعتبار التحكيم أجنبيا وخاضعا لقانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ في المواد المدنية والتجارية ، أو كون حكم التحكيم الأجنبي الصادر في الخارج غير خاضع لهذا القانون، وبالتالي يخضع لاتفاقية نيويورك بتوافر شروط الاتفاقية، إلا أنه قد يوجد أحكام تحكيم لا تخضع لقانون التحكيم ولا اتفاقية نيويورك، وهى تلك الأحكام التي تصدر في الخارج، ولا تكون الدولة التي صدر فيها

---

(١) د. حازم حسن جمعة، اتفاق التحكيم وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة"، دراسة حالة ورؤية شخصية"، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، فبراير ٢٠٠٨م،ص٣٦، منشور على الموقع:

http://www.arablawinfo.com.

(٢) د. نبيل زيد سليمان مقابلة، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص٨٤.

منظمة لاتفاقية نيويورك، أو لا تعامل الأحكام المصرية بمبدأ المعاملة بالمثل، حيث تعامل هذه الأحكام وفقا لإجراءات قانون المرافعات المصري.

وهذا ما نصت عليه المادة (٢٩٩) من قانون المرافعات المصري" تسرى أحكام المواد السابقة على أحكام المحكمين الصادر في بلد أجنبي"، حيث أقر قانون المرافعات المصري نفس الإجراءات المطبقة على الأحكام القضائية الأجنبية على أحكام التحكيم الأجنبية في المواد (٢٩٦-٢٩٨)، فالمادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م بشأن المواد المدنية والتجارية نصت صراحة على تسوية أحكام التحكيم الصادرة في الخارج والخاضعة لأحكام هذا القانون وأحكام التحكيم الصادرة في مصر، وتكون أحكام التحكيم التي تصدر في إطار الاتفاقيات الدولية مستثناة من الخضوع لقواعد التنفيذ المقررة في قانون المرافعات، حيث إنها تعتبر قانونا خاصا يقيد العام وهو قانون المرافعات[1].

وإذا توافرت في نفس الحكم شروط الخضوع لاتفاقية نيويورك وقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م في المواد المدنية والتجارية ، فإن الأولوية - حسب المذكرة الإيضاحية لقانون التحكيم- تكون للمعاهدة الدولية، وذلك بنص المادة الأولى من قانون التحكيم، حيث تنص على أن إعمال هذا القانون يكون فيما لا يتعارض مع أحكام المعاهدات الدولية التي انضمت إليها مصر.

وفى إجراءات استصدار الأمر بالتنفيذ لأحكام التحكيم الأجنبية في إطار قانون المرافعات، تنص المادة (٢٩٧) من قانون المرافعات المصري على أن (يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرته وذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى).

وبناءً عليه فإنه ينبغي رفع دعوى سواء من المحكوم له، أو المحكوم عليه- إن كانت له مصلحة في ذلك-، بإتباع الطرق المعتادة أمام المحكمة الابتدائية،

---

(١) د.نبيل زيد سليمان مقابلة، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص٩٢.

والطريق المعتاد يكون وفقا للمادة (٦٣) مرافعات مصري بتقديم ورقة تسمى صحيفة افتتاح الدعوى تودع قلم كتاب المحكمة[1]، والمحكمة المختصة هي المحكمة الابتدائية، ويجب أن تتوافر في الدعوى سائر الشروط الأخرى التي يجب توافرها في الدعوى العادية وفقا للقواعد العامة من مصلحة وصفة وأهلية، وتخضع الدعوى للقواعد المقررة في قانون المرافعات[2].

وموضوع دعوى الأمر بالتنفيذ هو الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في مصر، وليس النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم، فدعوى الأمر بالتنفيذ ليست دعوى مبتدئة، ولهذا السبب فإن سلطة محكمة الأمر بالتنفيذ لا تخرج عن إحدى أمرين لا ثالث لهما أما أن تأمر بتنفيذ الحكم أو لا تأمر به[3]، حيث إن القاضي المصري لا ينظر إلا في مدى تحقق الشروط الواجبة لتنفيذ الحكم الأجنبي والمنصوص عليها في المادة (٢٩٨) حيث ينبغي أن يتحقق من أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم، وإن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قوانينها، وأن الخصوم قد مثلوا فيها تمثيلا صحيحا، وأن الحكم حاز قوة الأمر المقضي، وألا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة في مصر.

ويجب على القاضي أن يتحقق من تلقاء نفسه من توافر هذه الشروط،

---

(١) د. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارة الدولية، دار الفتح للطباعة والنشر،الإسكندرية، ١٩٩٤م، ص٣٥٦.

(٢) د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، الصادرة عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، السنة التاسعة والستون، العدد ٣٧١ يناير ١٩٨٧، ص٣٢، ووفقا للقانون الفرنسي، فإن العمل قد جرى على التقدم بطلب على عريضة، وإن نظر هذا الطلب والفصل فيه يتم في غياب الخصوم ودون حضور أو مناقشة، كما أن الأمر يوضع على أصل حكم التحكيم بعد مباشرة القاضي المختص لرقابة شكلية خارجية، ودون تعرض لبحث موضوع حكم التحكيم، انظر أيضا د. عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٦م، ص٣٧٥.

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارة الدولية، مرجع سابق، ص٣٥٩.

ويجوز له أن يطلب من الخصوم أن يقدموا له ما يراه ضروريا في هذا الشأن من إيضاحات حول وضع الحكم الأجنبي[1]، ولا يكون أمام القاضي المصري إلا رفض الحكم الأجنبي أو منح الأمر بالتنفيذ، فإذا رفض القاضي شمول الحكم الأجنبي بالأمر بالتنفيذ، فإن هذا الحكم الصادر عنه بالرفض يحوز حجية الأمر المقضي به.

ويكون للمدعى في الخصومة أن يرفع دعوى أمام المحاكم المصرية للمطالبة بما قضى به الحكم الأجنبي دون أن يكون للمدعى عليه أن يدفع في مواجهته بحجية الأمر المقضي به، وذلك لأن سبب الدعوى الجديدة مختلف عن السبب في دعوى الأمر بالتنفيذ التي رفضت فالسبب في الدعوى الجديدة هو الحق أو المركز القانوني الذي تقرر بمقتضى الحكم الأجنبي، بينما الحكم التحكيمى هو الأمر بالتنفيذ[2]

أما إذا منح القاضي المصري الحكم التحكيمى الأجنبي الأمر بالتنفيذ فإنه يأمر بتنفيذه، ويصبح لحكم التحكيم الأجنبي القوة التنفيذية متى صار نهائيا، وتخضع إجراءات وطرق التنفيذ للقانون المصري، ويكون لحكم التحكيم الأجنبي قوة الأحكام الوطنية، هذا بالنسبة لأحكام التحكيم الأجنبية التي تنفذ حسب قانون المرافعات، وينطبق قانون المرافعات المصري لعام ١٩٨٦ على أحكام التحكيم من حيث الطعن والشروط الشكلية والموضوعية لإجراءات دعوى استصدار الأمر بالتنفيذ[3]

وبإنزال هذه القواعد العامة على حكم التحكيم الإلكتروني نجد أنه بالنسبة لإجراءات استصدار الأمر بالتنفيذ لأحكام التحكيم الإلكترونية الأجنبية في إطار قانون المرافعات، نجد أن المادة (٢٩٧) من قانون المرافعات المصري تنص

---

(١) د. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارة الدولية، مرجع سابق، ص٣٦٦.

(٢) د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مرجع سابق، ص٣٢.

(٣) د.نبيل زيد سليمان مقابلة، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص٩٤.

على أن (يقدم طلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرته وذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى)، إلا إن في حكم التحكيم الإلكتروني في أغلب الأحيان نجد أن دائرة التنفيذ فيه هو فضاء الإنترنت الذي ليس له أي رابطة تربطه بالأماكن الجغرافية، مثل أحكام التحكيم الإلكترونية التي تصدر بخصوص"Domain-Name"، حيث في الغالب يصَدر الحكم بوقفه أو إلغائه، وتنفيذ الحكم فيه يكون عبر شبكة الإنترنت الدولية وليس أرضيا، وبالتالي لا يمكن أن نتعرف على المحكمة المختصة التي يقدم لها الأمر بالتنفيذ، فعلى سبيل المثال، إذا ما سرق عنوان إلكتروني مصري اسم علامة تجارية مشهورة، وتعاقد وأبرم عقودا إلكترونية مع عملاء على أساس أنه صاحب هذه العلامة، واكتشف صاحب هذه العلامة الأصلية هذا الأمر، وأحال النزاع إلى التحكيم، وصدر الحكم لصالحه بإلغاء العنوان الإلكتروني المصري الذي سرق علامته التجارية وأراد التنفيذ[١]، فكيف يكون التنفيذ؟ والى أي محكمة يختصم؟

أقترح الكثير أن تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الذي يكون محل النزاع فيه مسائل متعلقة بالتجارة الإلكترونية يكون في دائرة المحكمة التي يوجد فيها محل إقامة المؤسسة التي تعرض هذه الخدمات الإلكترونية أو التي تمارس هذه الأنشطة التجارية الإلكترونية من خلالها[٢]، إلا إن كثيراً من المواقع الإلكترونية

(١) إن تنفيذ أحكام التحكيم الإلكترونية في نظام " ICANN "للعنوانين الإلكترونية، في بعض الأحيان تعتبر من السهل تنفيذها فضائياً، إذا كانت مقتصرة على وقف أو نقل ملكية إحدى العناوين الإلكترونية إلى أصحابها، حيث يوجد في هذا النظام من يقوم على تنفيذ الأحكام التحكيمية الإلكترونية إذا كان في مقدورهم، ولكن هناك بعض الأحكام التي تصدر من هذه النظام في حاجة إلى محكمة وطنية لينفذ فيها هذا الحكم، ولكن ما هذه المحكمة ؟، وأي قانون سوف يطبق؟، انظر:

See at, M. Jim, H. John, "ODR in US", http://www.mediate.com/articles/ecod ier1.cfm., 11.4.2005

(٢)

Voir à, A. Caprioli (E.), Aspects Internationaux Du Commerce électronique, Op.Cit., p.4.

يكون الموقع الجغرافي الخاص بمؤسستها التي تقدم أنشطتها عبر شبكة الإنترنت تكون غير معروفة وغير محددة على صفحة الويب، وحتى لو عرفت قد لا تكون نظير حقيقي للموقع الجغرافي لهذه المؤسسة، وبتلك المثابة، نجد عرقلة لمسألة تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، والتي لا يمكن تفاديها إلا بتصريح واضح وحقيقي من صاحب هذه المؤسسة عن موقعه الجغرافي.

ولكن هل صحيفة افتتاح دعوى الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، وإيداعه قلم كتاب المحكمة وفقا للمنصوص عليه في المادة (٦٣) مرافعات مصري يتمتع بخصوصية معينة في التحكيم الإلكتروني؟

إن الإيداع الإلكتروني لصحيفة افتتاح دعوى الأمر بالتنفيذ قلم كتاب المحكمة يحتاج إلى وسائل أكيدة وفعالة وآمنة، وهذا ما حققه النظام القضائي الفرنسي الذي أدخل نظام التسجيل الإلكتروني الذي يسمح بتسجيل الدعاوى والأحكام الموقع إلكترونياً من القاضي والمودع، حيث يسمح هذا النظام بإيداع الدعاوى والأحكام في سجلات يتم إنشاؤها و تكوينها و إرسالها و استلامها و تخزينها بوسائل إلكترونية آمنة وفعالة[1] ، وموقع عليها بشكل مسبق من القاضي والمودع في مذكرة التسجيل الرسمية، وهذه الأمور تبنتها كثير من مشاريع الإنترنت المتبادلة التي تهدف إلى تسهيل التبادل الإلكتروني للوثائق بين المحامين ومكاتب التسجيل، ومن ضمن هذه المشروعات مشروع" Justice

---

(١) والسجل الإلكتروني يعد من الأمور الهامة التي يتعين مراعاتها في مجال التبادل الإلكتروني للبيانات، وبصفة خاصة في مجال التحكيم الإلكتروني، حتى إذا ثار بين أطراف التعامل أي نزاع أمكن آنذاك إقامة دعوى لإثبات الحق بناءً على ما سجل من بيانات متبادلة داخل الكمبيوتر، وتمتاز السجلات الإلكترونية" أنها تحتاج إلى حيز مكاني أقل مقارنة بالسجلات الورقية، ويصعب تغييرها أو تحريفها أو تزويرها، ويمكن اعتبارها كدليل إثبات يقدم إلى المحاكم في حالة وجود شك أو خلاف بين الإطراف المتعاقدة"، ويقلل استخدام السجلات الإلكترونية من المشاكل الناجمة عن مساوئ الحفظ التقليدية "، انظر، د. سمير طه عبد الفتاح، الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستحدثة في الإثبات، بدون دار نشر، ١٩٩٩م، ص٦٥.

Network " والتي مازالت تحت التقييم والاختبار[1].

أما إجراءات استصدار الأمر بالتنفيذ لأحكام التحكيم في إطار قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م في المواد المدنية والتجارية ، تنص المادة (٥٦) منه على أن (يختص رئيس المحكمة المشار إليها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ويقدم طلب التنفيذ مرفقا به ما يلي:

١- أصل الحكم أو صورة موقعة منه

٢- صورة من اتفاق التحكيم

٣- ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية بحكم التحكيم إذا لم يكن صادرا بها.

٤- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقا للمادة (٤٧) من هذا القانون.

ووفقا للمادة (٤٧) فإنه يجب على من صدر حكم التحكيم لصالحه إيداع أصل الحكم أو صورة موقعة منه باللغة التي صدر بها أو ترجمة باللغة العربية مصدقا عليها من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أجنبية وذلك في قلم كتاب المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون ويحرر كاتب المحكمة محضراً بهذا الإيداع[2].

---

(١)

In **France**, the "Justice Network", should make it easier for lawyers to ensure that files are in order, since they will be corrected to the register by electronic means", **In United Kingdom**, the computerizing of state justice has also been the subject of some debate sparked by lord Woolf's report entitled" Access to justice", in 1996, **see at, L. Henderson,**" Lord woolf and Information Technology"., Information &communication Technology law Journal, Vol. 5, NO1,Mars1996, p. 45: 55.

(٢) لم ينص قانون التحكيم الأردني على هذا الإيداع، وذلك لأنه لا يجوز لأي طرف الطعن بعدم صحة الحكم، حيث إنه يحصل على وثيقة الحكم من هيئة التحكيم، وتحتفظ هيئة التحكيم =

يتضح مما سبق ذكره، أن المشرع المصري يشترط لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي التقليدي تقديم أصل حكم التحكيم أو صورة طبق الأصل منه، وأصل اتفاق التحكيم أو صورة منه إلى المحكمة المختصة بإصدار أمر التنفيذ، ولعل هذا يدفعنا إلى التساؤل حول مدى إمكانية تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الصادر عن محكمة تحكيم إلكترونية في ظل قواعد وضعت أصلاً لتنطبق على حكم التحكيم التقليدي؟

وفي هذا الصدد، نجد أن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية سنة ٢٠٠٥ م قد قدمت حلاً لمشكلة تقديم صورة مطابقة للأصل الوثيقة الإلكترونية، حيث اشترطت الاتفاقية في المادة (٩/ ٢) على أنه" حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد ممهوراً بتوقيع طرف ما، أو ينص على البطلان لعدم وجود توقيع، يستوفي ذلك الاشتراط فيما يخص الخطاب الإلكتروني إذا:

١. وجدت وسيلة موثوقة تؤكد سلامة المعلومات الواردة فيه منذ الوقت الذي أنشئ فيه الخطاب الإلكتروني بشكل نهائي

٢. كانت المعلومات الواردة فيه حيثما يشترط متاحة وقابلة للعرض على الشخص الذي يتعين أن تتاح له.

وتنص الفقرة (٤/ أ) على معيار تقييم سلامة المعلومات وهي:

١- أن تظل تلك المعلومات كاملة ودون تحوير، وذلك بصرف النظر عن إضافة أو تغيير ينشأ في السياق المعتاد للإرسال والتخزين والعرض

=

وحدها فقط بأصل الحكم أو صورة مصدقة منه، وبالنسبة لقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ م الخاص بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فإن موضوع طلب الأمر بالتنفيذ بالنسبة لحكم التحكيم المودع في قلم كتاب المحكمة، واشتراط الترجمة هو بسبب أن لغة المحاكم هي اللغة العربية، انظر نبيل زيد سليمان مقابلة، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص٩٥.

٢- تقدر درجة الموثوقية المطلوبة في ضوء الغرض الذي أنشئت من أجله المعلومات، وفي ضوء جميع الظروف ذات الصلة[(١)].

كما قدم القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦م الصادر عن الأمم المتحدة حلاً لمشكلة تقديم صورة مطابقة لأصل المحرر الإلكتروني، وذلك في المادة (٨/ ١) والتي جاء نصها على أنه" عندما يشترط القانون تقديم معلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي تستوفي رسالة البيانات (الصورة) هذا الشرط، إذا:

١. وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات التي كانت موجودة في أول وقت أنشئت فيه رسالة بيانات.

٢. وكانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه.

وتنص المادة (٨/ ٣) على أنه(يكون معيار تقييم سلامة المعلومات هو تحديد ما إذا كانت بقيت مكتملة ودون تغيير، باستثناء إضافة أو تغيير يطرأ أثناء المجر العادي للإبلاغ والتخزين والعرض[(٢)]

وبتطبيق هذا النص على ما يستلزمه المشرع المصري، فإنه لن تكون هناك أي عقبة تمنع من الأمر بالتنفيذ، إذا تمكن طالب تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

---

(١) انظر وثائق اليونسترال المتعلقة بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦م، ص٣٢.، انظر أيضا الموقع :

http:// www. Unictral. Org.en-index. Htms.

See at, K. Christopher, M. Foerster, legal obstacles to ADR in European Business to consumer (Electronic commerce), online at, http://www.odrnews.com/library.htm, 22.3.2005.,

(٢) انظر أيضا الموقع:

http:// www. Unictral. Org.en-index. Htms;

See at, K. Christopher, M. Foerster, legal obstacles to ADR in European Business to consumer (Electronic commerce),Op.Cit.,p.23

من تقديم ما يؤكد سلامة المعلومات المتضمنة في كل اتفاق التحكيم وحكم التحكيم، واستطاع تقديم هذه المعلومات وعرضها على قاضى التنفيذ المطلوب منه إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني.

أما إجراءات استصدار الأمر بالتنفيذ لأحكام التحكيم الأجنبية في إطار اتفاقية نيويورك، فنجد أن اتفاقية نيويورك لم تقم بتحديد الإجراءات الواجبة الإتباع للاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، حيث تركت تلك المهمة لقانون الدولة التي سيجرى التنفيذ على إقليمها إعمالا لمبدأ خضوع الإجراءات لقانون القاضي، فإنه في حال رغبة من صدر حكم التحكيم الأجنبي لصالحه في تنفيذه في جمهورية مصر العربية، فإن قانون المرافعات المصري هو الذي سيتولى في هذه الحالة تحديد إجراءات تنفيذه(٢)، وذلك ما سبق أن شرحناه.

وبالنسبة لتاريخ صدور الحكم التحكيمى يتوقف عليه مواعيد الاعتراض والاستئناف، وبالتالي فما هو تاريخ صدور حكم التحكيم الإلكتروني؟

إن تحديد تاريخ صدور حكم التحكيم الإلكتروني يتنازعه اتجاهان:

الاتجاه الأول - (نظرية تصدير الرسالة)- يعتبر تاريخ إرسال قرار التحكيم إلكترونياً هو تاريخ صدور حكم التحكيم الإلكتروني، فالتاريخ الذي يتم فيه إرسال قرار التحكيم إلكترونياً هو التاريخ الذي يعتبر فيه منتجاً للآثار القانونية الخاصة بالتبليغ الخاص بالتحكيم.

الاتجاه الثاني- (نظرية استلام الرسالة)- يري أن تاريخ صدور حكم التحكيم الإلكتروني هو تاريخ استلام الحكم التحكيم، ويتحدد وقت استلام الرسالة الإلكترونية على النحو التالي:

(١) إذا كان المرسل إليه قد عيّن نظام معلومات لغرض استلام الرسالة الإلكترونية يتم الاستلام:

- وقت دخول الرسالة الإلكترونية نظام المعلومات المعين.

- أو وقت استخراج المرسل إليه الرسالة الإلكترونية إذا أرسلت إلى نظام

معلومات تابع له، ولكن ليس هو نظام المعلومات المعين لاستقبال الرسالة.

(٢) إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل الرسالة الإلكترونية نظام معلومات تابع للمرسل إليه.

وبناءً عليه، إذا ما أرسلت الرسالة الإلكترونية المحتوية على حكم التحكيم الإلكتروني فإنها تصدر في التاريخ والوقت الذي دخلت فيها الرسالة الإلكترونية النظام المعين للاستقبال لدى المرسل إليه، أو التاريخ والوقت الذي يستخرج فيها المرسل إليه الرسالة الإلكترونية من نظام معلومات تابع له.

٣- ضمانات تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

تتنوع ضمانات تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، ما بين إيداع ضمان مالي، والتحفظ علي بطاقة الائتمان، والتنفيذ الذاتي الإلكتروني، والتي سوف نتعرض لها بشيء من التفصيل على النحو التالي:

أ- إيداع ضمان مالي:

تقتضي هذه الوسيلة قيام الأطراف قبل البدء في إجراءات التحكيم بتحويل مبلغ نقدي إلي حساب مركز التحكيم الإلكتروني، ويظل هذا المبلغ مغلقا لا يمكن للأطراف التصرف فيه إلا بعد فوات مدة محددة مسبقا في اتفاق التحكيم، وبتلك المثابة يستطيع مركز التحكيم أن ينفذ حكمه بسهوله على الأطراف، وذلك بأن يجعل النتيجة المترتبة على عدم تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني التصرف في هذا المبلغ، ويتم تطبيق هذه الوسيلة في عقود التجارة الإلكترونية التي تتم بين المهنيين (B2B)، وعقود الاستهلاك الإلكترونية إلا أن عقود الاستهلاك الإلكترونية يطلب الضمان من البائع فقط [١].

---

(١)

Voir à, Schultz (TH.), eBay:un système juridique en formation. www.online-adr.org/eBay-RDTI.pdf., 3.3.2009. , p.12.

ب- التحفظ على بطاقات الائتمان:

قد يتفق إحدى أطراف النزاع مع مركز التحكيم الإلكتروني، على أن يكون لهذا الأخير سلطة التحفظ على بطاقة الائتمان[1] ، ويتم منح مركز التحكيم هذا الحق بمقتضي شرط تعاقدي يوضع في العقود المبرمة بين أطراف النزاع والمركز من جهة وبين الشركة مصدرة البطاقة والمركز من جهة أخري، حيث إذا ما توصل المركز إلى إصدار حكم تحكيم صادر لصالح المشتري ، وكان محل الحكم مبلغ من المال، فيجوز له أن يعيد المبالغ المستحقة إلى حساب المشتري في بطاقة الائتمان مباشرة دون الرجوع إلى البائع[2].

ج- التنفيذ الذاتي الإلكتروني:

ويقصد بهذه الوسيلة أن يكون لمركز التحكيم القدرة على تنفيذ قراره أو حكمه مباشرة على شبكة الانترنت، ويتم هذا الأمر في هيئات (ICANN) المختصة بتسوية المنازعات التي تنشأ بين العناوين الإلكترونية والعلامات التجارية، حيث يتمثل قرارات وأحكام هذه الهيئة في الآتي:

(١) وقف استخدام العنوان الإلكتروني: فهو بمثابة جزاء توقعه المحكمة بسبب عدم الوفاء بالتزاماته التعاقدية الناتج عن اتفاق التحكيم، ووقفه يعني غلقه وحظر ممارسة أية أنشطة تجارية عليه من خلاله.

(٢) إلغاء العنوان الإلكتروني: حيث لم يقتصر على وقفه فقط لفترة معينة بل إلغائه أيضاً، بالإضافة إلى عدم السماح له بتسجيل موقع إلكتروني آخر له مرة ثانية.

(٣) نشر الحكم الصادر بوقف استخدام الموقع الإلكتروني أو إلغائه: وذلك

---

(١)
Voir à, Schultz (TH.), eBay:un système juridique en formation, Op.Cit., p.13.

(٢)
Voir à, Schultz (TH.), eBay:un système juridique en formation, Op.Cit., p.13.

في المجلات المتخصصة للإنترنت، وفى صفحات "Multimedia" اليومية، ويمكن أن يتم نشر الحكم من خلال الموقع الخاص للشخص المدعى عليه، ويهدف النشر في هذه الحالة إلى عدم التعامل مع هذا الموقع مجددا.

(٤) التعويض العقابي:التي تقوم المحكمة بفرضه على المدعى عليه يجبر كل الضرر الذي تحمله المدعى بسبب عدم القيام بتنفيذ التزامه[١]

وعلي هذا، تتمتع هيئات (ICANN) بالقدرة علي تنفيذ قرارها مباشرة عبر الإنترنت بطريقة إلكترونية، دون الحاجة إلى تدخل من أطراف النزاع، علي أنه أهم ما يعيب التنفيذ الذاتي الإلكتروني في هذه الحالة[٢] ،هو أن المحكوم يملك إيقاف سلطة هذه الهيئة في التنفيذ بمجرد أن يقدم خلال عشرة أيام ما يفيد أنه رفع دعوى قضائية تتناول ذات الموضوع أمام محكمة مختصة، وفي هذه الحالة لا تملك هذه الهيئة شطب العنوان الإلكتروني، بل عليها أن تنتظر صدور الحكم في الدعوى القضائية المرفوعة

د- الغرامة التهديدية:

تطبق بعض مراكز التحكيم الإلكترونية نظام الغرامة التهديدية، والذي بمقتضاه يلتزم الطرف الممتنع عن تنفيذ أحكام المركز بدفع مبلغ مالي يرتبط تقديره بقيمة النزاع، وبالمدة التي أمتنع خلالها عن التنفيذ، ويسدد هذا المبلغ إلى مركز التسوية مباشرة[٣].

ويتم تقرير هذا النظام من خلال اتفاق يبرم بين البائع ومركز التحكيم المختص بمنازعاته، فهو يعتبر بمثابة شرط جزائي يفيد التزام البائع الممتنع عن

---

(١) د.شريف محمد غنام، ، حماية العلامات التجارية عبر الإنترنت، في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م ص١١٢.

(٢) Voir à, Schultz (TH.), eBay:un système juridique en formation, Op.Cit., p.14.

(٣) Voir à, Schultz (TH.), eBay:un système juridique en formation, Op.Cit., p.14.

تنفيذ أحكام مركز التحكيم بسداد مبلغ مالي معين يدخل في تقديره عادة قيمة النزاع، كما يضاف له فوائد تأخير عن المدة التي امتنع فيها عن التنفيذ[1].

---

(1)
, Op.Cit., p.15. **Voir à, Schultz (TH.)**, eBay:un système juridique en formation

المبحث الرابع

تطبيقات عملية للتحكيم في بعض العقود الإدارية الدولية

تمهيد وتقسيم:

يجب في إطار دراسة التحكيم في العقود الإدارية التي تبرم عبر شبكة المعلومات الدولية، أن نتعرض بالبحث إلى التطبيقات العملية لتلك المسألة، وسنقتصر هنا على نوعين من العقود الإدارية، وهو عقد البناء والتشغيل والتمويل" BOT "، وعقد الأشغال العامة الدولية، وذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: التحكيم في عقود الـ" BOT"

المطلب الثاني: التحكيم في عقود الاشغال العامة الدولية

المطلب الأول
التحكيم في عقود الـ BOT

• **مفهوم عقود الـ BOT**(1)

---

(1) وتوجد عقود أخرى إدارية مثل عقد "B.O.O.T. = Build- own- operate- transfer"، وفيه يتم الاتفاق بين الدولة والمستثمر على أن يقوم صاحب الامتياز بالبناء، والتملك، والتشغيل لحسابه طوال المدة المتفق عليه، ونقل ملكية الأصول في نهاية المدة، ويوجد عقد "B.O.O. = Build –Own- Operate" وهي أن تنشئ الشركة المرفق وتتملكه وتقوم بتشغيله، وبعد انتهاء مدة العقد، إما أن يجدد الامتياز أو أن يكون المشروع قد انتهى عمره الافتراضي، والفارق الوحيد بين هذه الصورة والصورة المعتادة لعقد الامتياز هي أن صاحب الامتياز لا يلتزم بالتنازل عن منشآت المرفق إلى الدولة بعد انتهاء مدة العقد، والذي يحدث بعد ذلك لا يخرج عن أحد أمرين ، وهي إما تجديد أو مد مدة الامتياز، وإما انتهاء مشروع المرفق والاستغناء عنه، وإعادة بقايا منشأته إلى صاحبها، وعقد "B.L.T." = Build- lease – Transfer وهنا تنشئ الشركة المشروع وتستأجره من الدولة، وعند نهاية مدة العقد يعود إليها، وعقد "B.T.O. = Build-Transfer-Operate" وفيه تنشئ الشركة المشروع وتنقل ملكيته للدولة.التي تبرم معها عقدا آخر لتشغيله، خلال مدة الامتياز،وتختلف هذه الصورة عن الصورة الأصلية لعقد الامتيازفي أن الشركة التي تنشئ مشروع المرفق تنقل ملكيته إلى الدولة بمجرد إنشائه، وليس بعد انتهاء تشغيلها للمرفق خلال مدة العقد، ويبرم الدولة معها عقدا آخر لتشغيل المرفق لمدة محددة، فهذه الصيغة تتضمن عقدين عقد إقامة المنشآت أو المرفق العضو، ونقل ملكيته للدولة، وعقد إدارة المرفق أو المرفق المادي في المدة المتفق عليها، وعقد "R.O.T = Rehabilitate- Operate- Transfer"، وهنا تقوم الشركة بالإصلاح المشروع وتشغيله، وعند نهاية مدة العقد تعيده إلى الدولة، وعقد "R.O.O. = Rehabilitate- own-operate" وفيه تقوم الشركة بإصلاح المشروع، وتتملكه مقابل ثمن تدفعه للدولة، وتقوم بتشغيله،وتتميز هذه الصورة بأن الملتزم لا ينشئ المرفق، وإنها يكتفي بإصلاحه ويتملكه بثمن يدفعه للدولة قبل تشغيله، ولا يعيد الملتزم منشآت المرفق التي اشتراها إلى الدولة، وهنا يتعلق الأمر بمرفق مادي فقط، هو النشاط الهادف إلى تحقيق الصالح العام، وعقد "M.O.O.T.' = modernize –own- operate -transfer" ، وهنا تقوم الشركة بتحديث المشروع، وتتملكه، وتقوم بتشغيله، وعند نهاية مدة العقد تحول ملكيته إلى الدولة،وتختلف هذه الصورة عن الوضع القديم في عقد الالتزام في أن الشركة المتعاقدة لا تقوم بإنشاء المرفق من البداية، ولكنها تقوم بتحديثه فقط، بما يتوافق وتكنولوجيا العصر، وقد يتكلف التحديث الكثير من المال، لذلك تتملكه، ثم تقوم بتشغيله إلى أن تحول ملكيته إلى الدولة عند نهاية مدة العقد، وعقد "D.B.F.O. = design- build- finance- oerate" وفيه تنشئ الشركة المشروع حسب التصميم الذي ترتضيه الدولة، وتقوم بتمويله وتشغيله، ولا يعود لملك الدولة عند نهاية مدة العقد لحصولها على قيمة الأرض ونسبة من =

يقصد باصطلاح الـ" BOT" بمعنى أن يقوم القطاع الخاص بتمويل إنشاء مشروعات ذات نفع عام تحددها الحكومة أو شركة المشروع التي تقوم بتصميمه وبنائه وتملكه وتشغيله وإداره واستغلاله تجاريا لعدد من السنوات تكون كافية لاسترداد ما تم إنفاقه على المشروع مع تحقيق أرباح مناسبة من عائدات تشغيله بمعرفة المستخدمين له، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أن تكون ملزمة بسداد أية تكلفة [(١)].

وتنطوي هذه العقود على فائدة متبادلة بين المستثمر صاحب امتياز استغلال المشروع والذي يحصل على ما يزيد عما أنفقه في إنشائه من عائدات التشغيل والحكومة مانحة الامتياز التي يمكنها هذا الأسلوب من إقامة مشروعات حيوية وضخمة دون أن تتحمل الخزانة العامة فيها بأية نفقات ترهقها لا سيما في الدول النامية[(٢)].

وتعقد هذه العقود في الغالب بين الدولة أو أحد أشخاص القانون العام مع طرف أجنبي، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكون الطرف الآخر في تلك العقود وطني، ومن ثم فإن هذا العقد يكون عقدا إداريا دوليا، حيث يكون طرفه الآخر أجنبي، إلا أن هذا لا يعني أن يكون هذا العقد دوليا دائما، فقد يكون عقدا إداريا داخليا، إذا كان الطرف المتعاقد مع الإدارة طرف وطني[(٣)].

ويعتبر العقد الإداري ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة تسيير مرفق عام، وأن تظهر فيه نية الشخص المعنوي

=

الإيرادات مقابل منح الامتياز، وعقد " **Build- Rent- transfer ="B.R.T.** وهنا تقوم الشركة ببناء المشروع، ثم تؤجر لجهة أخرى تقوم بتشغيله، وعند نهاية مدة العقد يؤول لملكية الدولة، انظر، د.ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢٠٧-٢١١.

(١) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة"، مرجع سابق، ص١٥٤.

(٢) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة"، مرجع سابق، ص١٥٥.

(٣) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة"، مرجع سابق، ص١٥٥.

في الأخذ بأسلوب القانون العام في هذا العقد، وذلك من خلال تضمينه شرطا أو شروطا غير مألوفة في العقود المدنيةالتي يتم عقدها في ظل أحكام القانون الخاص[1]، وبتطبيق تلك الشروط على عقد الـ " BOT" يتضح أنه عقد إداري، حيث تكون الدولة أحد أطرافه، وتعلقه بمرفق عام حيث تنصب تلك العقود على مشروعات عامة مثل البنية الأساسية، إضافة إلى إنطوائها على شروط استثنائية تفرضها الدولة المضيفة وتجعل منها شرطا لقبول منح الامتياز تتمثل في الإجراءات أحادية الجانب وهي التي تنفرد الدولة باتخاذها حيال هذه العقود تحقيقا للصالح العام[2].

● مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود الـ BOT.

أجاز المشرع المصري التحكيم في العقود الإدارية كافة دون تفرقة في هذا الشأن بين العقود الوطنية أو الدولية، ومنها عقد الـ " BOT" ، وذلك بموجب القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م المعدل للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، إلا أن إجازة التحكيم في تلك العقود يخضع للقيد العام الذي أورده التعديل التشريعي للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م من أنه" بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص" أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك"، فإذا كان المشرع قد أجاز التحكيم في العقود الإدارية، إلا أن الحرص على المصلحة الوطنية التي قد يمس بها اللجوء إلى تسوية النزاع عن طريق التحكيم، اقتضت أن يكون التصريح باللجوء إليه قاصرا على الوزير المختص ، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة مع عدم جواز التفويض في ممارسة ها

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٣١٢٨، لسنة ٣٥ قضائية، جلسة ٢٤ يناير ٩٥ .

(٢) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والـ .
دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة"، مرجع سابق، ص١٥٦، ٥٧

الاختصاص استشعارا من المشرع بخطورة وأهمية هذا الأمر[1].

ويتعين أن تكون المسألة التي يتم الاتفاق علي اللجوء إلى التحكيم بشأنها من المسائل التي تقبل التصرف والتصالح بشأنها ، وهذا الشرط ينطبق على العقود الإدارية وطنية كانت أم دولية، وواقع الأمر أن تلك العقود يتولد عن تنفيذها مراكز قانونية شخصية أو ذاتية، ومن ثم تدور المنازعات حول حقوق مالية، وتلك الحقوق لصفتها الذاتية قابلة للصلح والتنازل الأمر الذي يجوز معه الاتفاق على التحكيم كأسلوب لتسويتها[2].

ويمكن إبرام عقد الـ " BOT" عبر شبكة المعلومات الدولية، دون تنفيذه، حيث من المستحيل تنفيذ هذا العقد عبر شبكة المعلومات الدولية، لأن مرحلة التنفيذ هي مرحلة مادية بحتة، أما مرحلة الابرام فمن الممكن أن تتم كلها عبر هذه الشبكة، حيث أن محل عقد الـ "BOT" في الغالب ماديا، ويستحيل تصوره على شبكة الانترنت، وإن التطور الدائم في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات ممكن أن يجعل عقود الـ" BOT" في البرامج والمعلومات والخدمات، حيث لا يوجد ما يمنع أن تكون محل هذا العقد هو البرامج والمعلومات والخدمات، وتكون مرحلة تنفيذ هذا العقد على شبكة المعلومات الدولية، وذلك ما يجعل العقد الإداري عقد إلكتروني بحت بداية من الإبرام حتى التنفيذ.

---

(١) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة"، مرجع سابق، ص١٥٨، ١٥٩.

(٢) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة"، مرجع سابق، ص١٥٨، ١٥٩.

المطلب الثاني
التحكيم في عقود الأشغال العامة الدولية

يعرف عقد الأشغال العامة هو اتفاق تبرمه الإدارة مع فرد أو شركة للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب شخص معنوي عام نظير مقابل يتفق عليه ضمن شروط التعاقد، وبذلك فإن لهذا العقد عناصر ثلاث تتمثل في المحل، والذي يكون دائما أعمالا تتصل بعقار في صورة بناء أو ترميم أو صيانة، والمستفيد من هذا العمل، وهو شخص معنوي عام ، والذي لا يشترط أن يكون مالكا للعقار محل التعاقد، والغاية من هذا العقد هي تحقيق نفع عام، وهذه العناصر هي ذاتها عناصر عقد الأشغال العامة الدولية مع إضافة عنصر جديد إليها يتعلق بالمتعاقد مع الإدارة والذي ينبغي أن يكون أجنبيا[1].

ويعد عقد الأشغال العامة هو عقد إداري في جميع الأحوال حتى ولو لم يتضمن شروطا استثنائيا، لكونه عقدا إداريا بطبيعته التي أكدها المشرع بنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بأن" يفصل المجلس بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد، أو بأي عقد آخر"، ومما يؤكد الطبيعة الإدارة لعقد الأشغال العامة اتصاله الوثيق بالمرفق العام محل التعاقد[2].

ومن الجدير بالذكر، أنه عندما يصل الأمر إلى حد تضمين العقد عدة شروط تعطي للمتعاقد مع الإدارة عدة امتيازات غير مألوفة في عقود الأفراد، وفي مواجهة الإدارة نفسها، بحيث يكون الطرف المتعاقد مع الإدارة في مركز أفضل منها، فإن المنطق القانوني يفرض علينا أن ننفي عن هذا العقد الصفة الإدارية، واعتباره عقدا من عقود القانون الخاص إذا كانت الصفة الأجنبية لم

---

(١) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة"، مرجع سابق، ص١٦٠.

(٢) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة"، مرجع سابق، ص١٦١.

تتطرق إلى أي عنصر من عناصره، أو اعتباره من عقود التجارة الدولية، إذا كان متصلا بمصالح التجارة الدولية، وعلى ذلك فلا يمكن النظر للعقود الدولية للأشغال العامة على أنها طبيعة واحدة، فتارة تكون عقودا إدارية ذات طابع دولي بتوافر الشروط التي تكسبها الصفة الإدارية،وتارة أخرى لا تعد ذلك، فالعبرة بتحليل كل عقد على حدة لبيان أركانه ورده إلى النظام القانوني الذي يحكمه[1].

ويتم التحكيم في منازعات عقود الأشغال العامة الدولية وفقا لنظام عقود الفيديك، وهو نظام وضعه الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين ليطبق على التحكيم في منازعات العقود الدولية النموذجية التي ترتبط بالأعمال الهندسة الاستشارية مثل عقود الإنشاءات المدنية، وعقود الأعمال الكهربائية والميكانكية، وغيرها من العقود ذات العنصر الأجنبي سواء فيما يتعلق بأطراف العقد، أو مكان تنفيذه، ويرتبط شرط التحكيم بشروط العقد النموذجي الذي وضع لهذه الأعمال، ويستبعد نظام الفيديك في تسوية منازعات عقود الأشغال العامة الدولية القضاء الوطني، كما لا يخضع بموجبه الأطراف للمحاكم القضائية التابعة لأي دولة من الدول المتعاقدة، إضافة إلى عدم جواز التمسك في مواجهة الخضوع لهذا النظام بحجج تتعلق بالسيادة أو الحصانة القضائية، ووفقا لنظام الفيديك، فإن أي نزاع يتعلق بالعقد أو تنفيذ الأعمال يتعين إحالته إلى المهندس أولا قبل اللجوء للتحكيم، فقد يستطيع المهندس تسوية النزاع بما لديه من دراية فنية، وبحكم تواجده في مواقع العمل[2].

ويتعين على المهندس أن يصدر قراره خلال ٨٤ يوما من تاريخ طلب تدخله لفض المنازعة، وعد إصدار قرار في تلك المدة يعد رفضا من جانب المهندس يعطي للأفراد الحق في عرض النزاع على التحكيم مباشرة، بشرط أن يقوم كل طرف بإخطار الآخر برغبته في عرض النزاع على التحكيم خلال ٩٠

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص١٢٢.

(٢) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة"، مرجع سابق، ص١٦٢.

يوما من انتهاء المدة السابقة، مع إخطار المهندس بنسخة من ذلك[1]، ويمكن لأطراف النزاع وفقا لتعديل عقد الفيديك الصادر عام ١٩٦٦م اللجوء إلى مجلس تسوية المنازعات وهو آلية إنشائها التعديل للاعتراض على قرار المهندس المشكل من عضو واحديحدده صاحب العمل في مستندات المناقصة وثلاثة أعضاء بحيث يعين كل طرف عضو يعرضه على الطرف الآخر للقبول، ثم يختار الطرفان العضو الثالث، وفي حالة الاختلاف حول شخص رئيس المجلس ، يجب على الطرفين تحديد جهة تتولى تعيينه، ومن الواجب أن تتوافر في عضو المجلس المعرفة الفنية والخبرة المهنية في موضوع العمل محل التعاقد، إضافة إلى قدرته على تفسير العقد وإجادته للغة التي صيغ بها[2].

وعلى المجلس المذكور إصدار قراراته كتابة خلال ٨٤ يوما من تاريخ إخطاره بإحالة النزاع إليه، حيث يصدر قراره بالأغلبية ومسببا يبلغ به أطراف النزاع، والمهندس الاستشاري، ويكون هذا القرار واجب النفاذ إلى وقت مراجعتهأو إلغائه بموجب تسوية ودية أو أحكام محاكمأو تحكيم، ولصحة الاعتراض على قرار المهندس الاستشاري في موعد لا يتجاوز ٧٠ يوما من تاريخ إخطاره بقرار المهندس، أو ٢٨ يوما من تاريخ الإخطار بقرار المجلس[3].

ولا يكفي الاعتراض على قرار المهندس الاستشاري أو قرار مجلس تسوية المنازعات غير كاف لإقامة التحكيم، وإنما يتعين أن يتم التقدم بطلب رسمي بهذا الشأن خلال تسعين يوما من تاريخ تسلم القرار الصادر من المهندس أو المجلس، وذلك إعمالا لنص المادة ٦٧ من الطبعة الثانية لنموذج عقد الفيديك

---

(١) د. أحمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص١١.

(٢) د. محمد ماجد خلوصي، د. نبيل عباس، المطالبات ومحكمة التحكيم، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٥م، ص١٢٠.

(٣) د. محي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، شركة مطابع الطناني، ١٩٨٦م، ص٣٩١.

وإلا أصبح القرار نهائي[1].

في حالة عرض النزاع على هيئة التحكيم كأثر للاعتراض على قرار المهندس الاستشاري، أو مجلس تسوية المنازعات، فإن سلطة المحكمين تقتصر على النظر في الطعن على قرار المهندس، ولا يمكنهم تجاوز ذلك إلا باتفاق الأطراف، ولهيئة التحكيم في نطاق اختصاصها السلطة الكاملة في مراجعة أو تعديل أي قرار أصدره مجلس تسوية المنازعات، وكل ما أصدره المهندس الاستشاري من قرارات أو تعليمات أو مهارات تتعلق بتنفيذ الأعمال[2].

ويمكن إبرام عقود الأشغال العامة عبر شبكة المعلومات الدولية ، ولكن كما سبق أن قلنا من قبل في عقد الـ" BOT "، ولكن لا يمكن أن تتم مرحلة التنفيذ عبر هذه الشبكة، بحكم أن مرحلة التنفيذ في هذا العقد تعتبر مادية بحتة، وبالتالي يستحيل تنفيذها عبر شبكة الانترنت.

---

(١) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة"، مرجع سابق، ص١٦٤.

(٢) د. عبد الحميد الأحدب، تطور وسائل حسم المنازعات في قضايا الإنشاءات الدولية، بحث مقدم لمؤتمر التحكيم الدولي، ولوسائل السلمية لحسم المنازعات في قضايا الانشاءات الدولية المنعقد بمركز التحكيم ، بالقاهرة في١٢ أبريل ١٩٩٧م، ص٨.

الخاتمة

اتضح لنا من دراسة هذا موضوع البحث عدة نتائج:

١- إن ظهور العقد الإداري الإلكتروني فرضه انتشار التعامل عبر شبكة المعلومات الدولية لتسيير أعمال المرافق العامة ، واللهيئات الحكومية.

٢- اهتمام دولي بالعقود الإدارية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية خصوصا بعد اكتسابها الطابع الدولي، حيث كثير من الدول الأوروبية أجازت إبرام العقود الإدارية عبر هذه الشبكة ووضعت معاييرها وضوابطها.

٣- دعى كل من فرنسا والاتحاد الإوروبي إلى تطوير المبادئ العامة للعقود الإدارية بالشكل الذي يتناسب مع طرق إبرامها الحديثة عبر شبكة المعلومات الدولية.

٤- إعطاء العقد الإداري المحرر إلكترونيا نفس القوة الثبوتية المقررة للعقد الإداري المحرر بطريقة يدويةأو ورقية.

٥- انبثاق أساليب جديد لطرق انعقاد العقود الإدارية مثل المزايدات الإلكترونية، وأسلوب التحاور التنافسي، حيث أن أسلوب المزايدات الإلكترونية يعتبر مزيج من إجراءات المزاد العلني المعروفة في القانون المدني، وإجراءات العقود الإدارية الإلكترونية من جهة أخرى.

٦- يجب على القضاء الإداري المصري أو غيره تحديد المعايير التي على أساسها يتم تحديد ماهية العقد الإداري الإلكتروني، حيث أن تطبيق المعايير التقليدية غير كافية، أي إضافة معايير أخرى تتناسب مع خصوصية العقود الإدارية الإلكترونية.

٧- تحقيق مبادئ الشفافية والعلانية وحرية الدخول إلى المنافسة ، والسرية من أهم أهداف لإبرام العقود الإدارية عبر شبكة الانترنت، حيث تخضع لأجراءات حماية خاصة تفوق التقليدية منها.

٨- ظهور أساليب جديدة لتأمين حقوق والتزامات كل من الإدارة

والمتعاقد، من أساليب جديدة للدفع الإلكتروني، والرقابة المالية من خلال أستخدام برامج تكنولوجية متطورة تدعم ذلك.

٩- تعديل مفهوم الشخص المعنوي أو الشخص العام الذي يبرم العقد الإداري الإلكتروني، حيث من الممكن أن يكون بين الدول فيما بينها أو بين الدولة أو أحد مؤسساتها العامة، أو أحد أشخاص القانون الخاص بوكالة ضمنية أو صريحة من الشخص المعنوي العام.

١٠- تعديل طرق وأساليب الإعلان عن العقد الإداري، حيث يسمح بالاعلان عبر شبكة المعلومات الدولية، وغيرها من الوسائط الإلكترونية.

١١- يعد التحكيم هو أفضل الوسائل لتسوية منازعات العقود الإدارية سواء التقليدية أو الإلكترونية، خصوصا بعد ما ساير التحكيم هذا التطور الهائل في الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، وأصبح إلكترونيا، حيث أن حسم منازعات العقود الإدارية من خلال القضاء سوف يعرقل كثير من المشروعات الخاصة بالمرافق العامة والهيئات الحكومية، فالقضاء كثير استهلاك النفقة والوقت، بالاضافة إلى إجراءاته المعقدة، ونقترح إنشاء هيئة حكومية خاصة بالتحكيم في مجال العقود الإدارية حيث ستكسب الهيئات والأجهزة الحكومية الكثير من الوقت والتكلفة لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود، بالشكل الذي سوف يؤثر بشكل مباشر على الأنشطة والمشروعات الحكومية، وسير المرافق العامة.

قائمة المراجع

المراجع العربية

- **د. إبراهيم الدسوقي ابو الليل**

- الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٣م.

- **د. إبراهيم أحمد إبراهيم**

- التحكيم الخاص الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠م.
- القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"، بدون دار نشر، ١٩٩٧م.

- **د. إبراهيم علي حسن**

- تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة، مجلة هيئة قضايا الدولة ، السنة "٤١" ، اعدد الثاني، إبريل، مايو ١٩٩٧م.

- **د. أبو العلا على النمر**

- القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦م.

- **د. أبو زيد رضوان**

- الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١م.

- **د. أحمد أبو الوفا**

- التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٨م.
- نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٥م.

- **د. أحمد السيد صاوي**

- التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وأنظمة التحكيم الدولية، بدون دار نشر، ٢٠٠٢م.

- **د. أحمد الشلقاني**

- الدولة والتحكيم في عقود التجارة الدولية، مجلة قضايا الحكومة، السنة العاشرة، العدد الأول، ١٩٦٦م.

• د. أحمد القشيري

- الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٢١، ١٩٦٥م.

• د. أحمد عبد الكريم سلامة

- الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر الكمبيوتر والقانون والانترنت، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، مايو ٢٠٠٠م.

- شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ،المجلة المصرية للقانون الدولي ،العدد رقم ٤٣ لعام ١٩٨٧م.

- قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.

• د. أحمد شرف الدين

- حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات، شبكة المعلومات العربية القانونية "الأبحاث القانونية"،٢٠٠٨م، موقعه على الشبكة، :

http://www.eastlaw.com.iglc.research.research-show.php?=212&myuser

- عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.

- مستقبل التحكيم في مصر، بحث مقدم لمؤتمر" القاهرة كمكان للتحكيم التجاري الدولي" مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، سبتمبر٢٠٠٢م.

• د. أحمد عثمان عياد

- مظاهر سلطة السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣م.

- مظاهر السلطة العامة في العقود الادارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١م .

• د.أحمد خالد العجلوني

- التعاقد عن طريق الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢م.

• د.أحمد هندي

- العلم القانوني بين الواقع والمنطق في التنظيم القانوني لكل من مصر والكويت وفرنسا، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩م.

• د. أشرف وفا محمد

- تنازع القوانين في مجال التقادم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.

• المحمد عماد الدين

- طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، موقع المؤتمر التجاري الدولي، متاح على موقع الإنترنت في ١٢/٨/٢٠٠٨:

http://slconf.uaeu.ac.ae/araesearch.aspbic

• النعيمي آلاء يعقوب

- الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، موقع المؤتمر التجاري الدولي، متاح على الموقع الآتي في ٢٠/٨/٢٠٠٨م:

http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_research.asp

• د. أمين السيد لطفي

- المحاسبة الدولية والشركات المتعددة الجنسية، الدار الجامعية، الأسكندرية، ٢٠٠٤م.

• د. بكر قباني

- الرقابة الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٣م.

• د. ثروت بدوي

- النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩١م.

• د. ثروت حبيب

- دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥م.

• جابر جاد نصار

- المناقصات العامة (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.

- التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٠م.

• د. حازم حسن جمعة

- اتفاق التحكيم وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة"، دراسة حالة ورؤية شخصية"، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، فبراير ٢٠٠٨م ، منشور على الموقع:
http://www.arablawinfo.com

• د.حسين الماحي

- التحكيم النظامي في التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩م.

• د. جمال محمود الكردي

- القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.

• د. حسن عبد الباسط الجميعي

- عقود برامج المحاسبة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م.

• حسين عثمان محمد عثمان

- اصول القانون الاداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦م.

- القانون الاداري ، اعمال الادارة العامة ، منشورات الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٨م.

• د. حمدي ياسين عكاشة

- العقود الادارية في التطبيق العلمي ، منشاة المعارف، الاسكندرية ،١٩٩٣ م.

- الوجيز في العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧م .

● د. حفيظة السيد الحداد

- العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.

- الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٦م.

● م. حمدي ياسين عكاشة

- موسوعة العقود الإدارية في التطبيق العملي، بدون دار نشر، وبدون سنة نشر.

● د. حمودي ناصر

- النظام القانوني لعقد البيع الدولي عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، ٢٠٠٩م.

● د. خالد عبد الفتاح محمد خليل

- حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.

● د. خالد ممدوح إبراهيم محمد

- " إبرام العقد الإلكتروني"، دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٥م.

- إبرام العقد الإلكتروني " دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي ، الأسكندرية، ٢٠٠٨م.

- التقاضي الإلكتروني "الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم"، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، ٢٠٠٧م.

- التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.

● د. داود عبد الرزاق الباز

- الادارة العامة (الحكومة الالكترونية) واثرها على النظام القانوني للمرفق العام واعمال موظفيه ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، ٢٠٠٤ م.

• د. رافت فودة

- دروس في القانون الاداري والعقود الادارية والاموال العامة ، مكتبة النصر ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٥م.

• د. رامي محمد علوان

- التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة والعشرون، العدد الرابع، ديسمبر ٢٠٠٢م.

• د. رحيمة الصغير ساعد نمديلي

- العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة،الأسكندرية، ٢٠١٠م.

• د. رشا علي الدين أحمد تقي الدين

- النظام القانوني لحماية البرمجيات بين تنازع القوانين والقانون الدولي الإتفاقي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٣م.

• د. زكي محمد النجار

- الوسائل غير القضائية لتسوية المنازعات الإدارية، دا النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.

• أ. سامح محمد عبد الحكم محمود

- التحكيم الإلكتروني، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، ٢٠٠٨م، ص٢٠، منشور على موقع: http://www.arablawinfo.com

• د. سامي جمال الدين

- المنازعات الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٤م.

• د. سامية راشد

- أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م.

- التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، بدون دار نشر، ١٩٨٤م.

• د. سامي عبد الباقي أبو صالح
- التحكيم التجاري الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
• د. سعاد الشرقاوي
- العقود الادارية ،دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م.
• سعد عاصم عبد الجبار
- الإثبات في قانون المعاملات الالكترونية وقانون المعاملات المدنية والتجارية، ص٢١، متاح على شبكة الإنترنت في ١٨/ ٣/ ٢٠٠٨م:
www.ita.gov.om/ITAPortal_AR/Data/ImgGallery/FID200812383916827/doc.
• د. سليمان الطماوي
- الاسس العامة للعقود الادارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٤ .
- الأسس العامة للعقود الإدارية" دراسة مقارنة"، مطبعة عين شمس، القاهرة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٤م.
• د. سمير برهان
- اتفاق التحكيم في التجارة الإلكترونية، بحث مقدم لندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، ديسمبر ٢٠٠٧م.
• د. سمير حامد عبد العزيز الجمال
- التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة " دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
• د. سمير طه عبد الفتاح
- الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستحدثة في الإثبات، بدون دار نشر، ١٩٩٩م
• د. شاب توما منصور
- القانون الإداري، الكتاب الثاني،مطبعة سليمان الأعظمي، بغداد، ١٩٨٠م.

• د.شريف محمد غنام
- حماية العلامات التجارية عبر الإنترنت، في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.

• د. صالح المنزلاوي
- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- تسوية النزاعات التجارية عبر شبكات الاتصالات الإلكترونية، بحث على شبكة المعلومات العربية القانونية، ٢٠٠٥م، عبر موقع:
http://www.eastlaws.com, , 12.3.2008.

• د.صفاء فتوح جمعة
- منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠١١م.

• د. طعيمة الجرف
- القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٩ م.

• طلال أبو غزاله
- الجمعية الدولية للملكية الفكرية INTA الاجتماع السنوي الخامس والعشرون بعد المائة INTA للأمم المتحدة وأهمية العلامات التجارية لجسر الفجوة الرقمية، متاح في ٢٨ / ٩ / ٢٠٠٩ :
www.tagorg.com/download_file.aspx?file_id=127

• د. عاشور مبروك
- الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٦م.

• د. عايض راشد عايض المرى
- مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨م.

• **د.عباس العبودي**

- التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ١٩٩٧م.

• **د. عبد الحميد المنشاوي**

- التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية،١٩٩٥م.

• **عبد الرزاق السنهوري**

- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨م.

• **د. عبد العزيز المرسى حمود**

- استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.

• **د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة**

- الاسس العامة للعقود الادارية ،منشأة المعارف، الاسكندرية ، ٢٠٠٤م .
- التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية" دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة"، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٦م.

• **د. عبد الغني بسيوني**

- النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الأسكندرية، ٢٠٠٣م.

• **د. عبد الفتاح بيومي حجازي**

- الحكومة الإلكترونية ونظامها القانوني،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
- مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الثاني، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة،دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.

• **د. عبد المطلب عبد الرزاق**

- النظام القانوني للاحالة في العقود الادارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة بغداد ، ١٩٩٧م.

• د. عبد العزيز المرسى حمود

- استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.

• د. عبد الله حجاج

- العقود الإدارية، مجلة القانون العام والعلوم الإدارية، ديسمبر ٢٠١٢، متاح بتاريخ ١٨ مارس٢٠١٣، على الموقع:

http://droit-pub.blogspot.com/2012/12/blog-post_5.html

• د. عبد الكريم حمودي

- الخروج من الأزمة بعيداً عن صندوق النقد الدولي، ماليزيا، بحث منشور في شبكة الانترنت في الموقع:

www.Islam.Online.net

• د. عبد الهادي فوزي العوضي

- الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.

• د. عثمان عبد الملك الصالح

- السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقه المقارن وأحكام القضاء، مجلة الحقوق و الشريعة، كلية الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٧م.

• د. عز الدين عبد الله

- تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، الصادرة عن الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، السنة التاسعة والستون، العدد ٣٧١ يناير ١٩٨٧.

• د. عزمي عبد الفتاح

- قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٠م.

• د. عزيزة الشريف

- نظرية العقد الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١م.

- التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.
• د.عصام الدين القصبي
- خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.
- النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.
• د. عصمت عبد المجيد بكر
- أحكام بيع وايجار اموال الدولة ، دراسة في ضوء القانون رقم(٣٢) لسنة ١٩٨٦ ، مطبعة الخيرات ، بغداد ، ٢٠٠٠م.
• د. عصمت عبد الله الشيخ
- التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
• د. عكاشة محمد عبد العال
- الإجراءات المدنية والتجارة الدولية، دار الفتح للطباعة والنشر،الإسكندرية، ١٩٩٤م.
• د. علي محمد بدير و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي و د. مهدي ياسين السلامي
- مبادئ وأحكام القانون الإداري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد، ١٩٩٣م.
• د.عمر انجوم
- الحجية القانونية لوسائل الاتصال (دراسة تحليلية في نظام الإثبات المدني)، بدون دار نشر، ٢٠٠٤م.
• د. عمر حلمي
- معيار تمييز العقد الاداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٦٣م.
• د. فاروق أحمد خماس
- الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، ١٩٩٢م.
• د.قيدار عبد القادر صالح
- إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مجلة الرافدين،كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد(١٠)، العدد (٣٧)، ٢٠٠٨م.

• كمال ابراهيم
- التحكيم التجاري الدولي " حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي"، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١م.
• د. ماجد راغب الحلو
- القانون الاداري ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .
- العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠٠٩م.
- العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠٠٤م.
- العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الأسكندرية، ٢٠٠٠م.
• د. ماهر صالح علاوي
- مبادئ القانون الاداري ، جامعة الموصل ، دار الكتب للطباعة والنشر ، ١٩٩٦م.
• د. محسن شفيق
- التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولي دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.
• د. محمد الأعرج
- نظام العقود الإدارية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية.
• د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء
- التحكيم بواسطة الإنترنت، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، بدون سنة نشر.
• د. محمد إبراهيم محمود الشافعي
- النقود الإلكترونية (ماهيتها، مخاطرها وتنظيمها القانوني)، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية محكّمة تصدرها أكاديمية شرطة دبي، السنة الثانية عشر، العدد الأول، يناير ٢٠٠٤، متاح على الموقع:
http://benasla.arabblogs.com/archive/2007/4/199045.html

• د. محمد أبو العنين

- دور ونشاط مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في المنطقة الأفروأسيوية، بحث مقدم لمؤتمر" القاهرة كمكان للتحكيم التجاري الدولي" مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، سبتمبر٢٠٠٢م.

• د. محمد أبو زيد

- تحديث قانون الإثبات "مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.

• د. محمد أخياط

- بعض التحديات القانونية التي تثيرها التجارة الإلكترونية، مجلة الإشعاع، الصادرة عن مؤسسة الجزيرة للصحافة والطباعة والنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، العدد الأول،السنة ٢٥، يناير ٢٠٠٢م.

• د. محمد إسماعيل أحمد إسماعيل

- أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، بدون دار نشر، ٢٠٠٥م.

• د. محمد الشافعي أبو راس

- العقود الإدارية، هذا البحث عبر شبكة المعلومات الدولية من خلال الموقع التالي في تاريخ ١٧ مارس ٢٠١٣:

http://bu.edu.eg/olc/images/413.pdf

• محمد أمين الرومي

- النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.

• د. محمد أنس جعفر

- العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٠م.

• د. محمد بكر حسين

- الوسيط في القانون الاداري ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦م.

- العقد الإداري والتحكيم، مكتبة السعادة، طنطا، ١٩٩٣م.

• د. محمد حسين منصور

- المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣م.

• د. محمود خلف الجبوري

- العقود الادارية ، جامعة بغداد ، بيت الحكمة ، ١٩٨٩م.

• د. محمد سعيد حسين أمين

- المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، دار الإيمان للطباعة،الأسكندرية، بدون سنة نشر.

- فكرة العقود الادارية واحكام ابرامها ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ١٩٩٢م.

- الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، فبراير ١٩٨٤م.

• د. محمد عبد المجيد إسماعيل

- عقود الأشغال الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠م

• د. محمد فؤاد عبد الباسط

- القانون الاداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ م.

• د. محمد فؤاد مهنا

- القرار الإداري في القانون الإداري المصري والفرنسي، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثالث والرابع، ١٩٥٨ م.

- مبادئ وأحكام القانون الاداري ، منشاة المعارف ، الأسكندرية ، ١٩٨١م.

• د. محمد كمال منير

- مدى جواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية، مجلة العلوم الإدارية، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الأول، يونيه ١٩٩١م

● د. محمد المرسى زهرة

- مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، بحث مقدم إلى مؤتمر الكمبيوتر والقانون والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مايو ٢٠٠٠م.

● د. محمد صلاح عبد البديع

- دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م.

● د. محمد ماجد محمود

- العقد الإداري وشرط التحكيم الدولي، مجلة العلوم الإدارية، السنة ٣٥، العدد الثاني، ديسمبر، ١٩٩٣م.

● د. محمد مصطفى حسن

- الاتجاهات الجديدة في نظرية الانحراف بالسلطة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، دار الاتحاد العربي للطباعة، الكويت، العدد الثالث، ١٩٧٩م.

● د. محمد مطر المطيري

- الحقوق والالتزامات التبادلية لأطرف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية "BOT"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة طنطا، ٢٠٠٨م.

● د. محمود إبراهيم الوالي

- نظرية التفويض الإداري، دار الفكر العربى،القاهرة ، ١٩٧٩م.

● د. محمود حلمي

- العقود الادارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٩م.
- العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٧م.

● د. محمود سمير الشرقاوي

- مفهوم التجارية الدولية وفقا لقانون التحكيم المصري الجديد، بحث مقدم إلى مؤتمر مراكز التحكيم العربية ، المنعقد في جامعة بيروت العربيةفي الفترة من ١٦ إلى ١٨ مايو ١٩٩٩م.

● د. محمود مختار أحمد بريرى

- التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.

• د.مصطفى الجمال، د.عكاشة عبد العال

- التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية،١٩٩٨م.

• د. مصطفى عبد المقصود سليم

- معيار العقد الاداري واثره على اختصاص مجلس الدولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥م.

• د. مصلح أحمد طراونة ، د. نور أحمد حجايا

- التحكيم الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق- جامعة البحرين، المجلد لثاني، العدد الأول، ٢٠٠٥م.

• د. ممدوح مبروك

- أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٨م.

• منصور عبد العزيز

- عقد التوريد المعلوماتي، منشور عام ٢٠٠٦وتم الرجوع إليه بتاريخ ٢٩ مارس ٢٠١٣م، على الموقع:

http://kenanaonline.com/users/foxrever/posts/250560

• د. منير عبد المجيد

- التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٩٧م.

• د. ناريمان عبد القادر

- اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م.

• د.نايلة قمير عبيد

- التوجهات الحديثة للتحكيم الدولي، محاضرة ملقاة في الدورة الثانية للتحكيم التجاري الدولي، المنعقدة في مركز دبي للتحكيم الدولي، في الفترة ما بين ١٢ : ١٤/ ١١/ ٢٠٠٧م.

• د. نبيل زيد سليمان مقابلة
- تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
• د. نبيل محمد أحمد صبيح
- وسائل تسوية منازعات التجارة الدولية الإلكترونية، مجلة الأهرام الاقتصادي، الصادرة عن مؤسسة الأهرام، العدد ٢٠٢، أكتوبر ٢٠٠٤م.
• د. نواف كنعان
- القانون الإداري، الكتاب الثاني،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م.
• د. هشام خالد
- جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
• د. هشام على صادق
- القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الأسكندرية، ١٩٩٥م.
• د. هيام مروة
- القانون الاداري الخاص ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٣.
• د. يحيى إسماعيل
- المرشد في قانون الإثبات، مجلة نادي القضاة، القاهرة، ١٩٩٤م.

القوانين العربية :

• قانون بيع وايجار اموال الدولة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ وتعديلاته الصادرة في العراق .
• الامر الوزاري الصادر بتاريخ ٢٦/ ١/ ٢٠٠٨ من وزارة التخطيط لابرام العقود الادارية الاستشارية .
• قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الصادر في مصر.
• لائحة العقود الادارية رقم ٢٦٣ لسنة ٢٠٠٠ الصادرة في ليبيا .
• قانون التحكيم المصري في المنازعات التجارية والمدنية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م

المراجع الأجنبية:

(1) Références françaises :

(A) Références général française

- *De Laubadère (A.)*
  - Traité élémentaire de droit administratif ،Paris 1953.
- *Duez(P.), Debeyre(G.)*
  - Traité de droit administratif ،Paris 1952.
- *Hauriou (M.)*
  - droit administratif, Université de California, 12 édition, 1929.
- *Vedel (G.)*
  - Droit administratif 2 éd ،.Paris 1961.
- *Waline(M.)*
  - Droit administratif, Paris, Sirey, 9 édition, 1963.
  - Droit administratif 8 éd ،Paris ,1959

(B) Références spécialisée française

- *A.Caprioli (E.)*
  Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, "Arbitrage en ligne", Litec Juris-Classeur édition, Paris, 2003.
- *André Panchaud (M.)*
  - La décision administrative, Etude comparative, Revue internationale de droit comparé. Vol. 14 N°4, Octobre-décembre 1962.
- *Bellet (P.)*
  - Le juge, arbitre, Revue de L'arbitrage, Bulletin Comite Français de L'arbitrage, 1980
- *Besançon(X.)*
  - Essai sur les contrats de travaux et de services publics, (Preface De Marceau Long),L.G.D.J. édition, juin 2000.
- *Boisséson (M.),Juglart (M.)*
  - Le droit Français de juridiction,Joly édition ,Paris ,1983.
- *Catala (P.), Gauthier (P.Y.)*
  - L'audace technologique à la cour de cass. Vers la libération de la prévue contractuelle, La semaine juridique, Dalloz édition, paris,

NO 32, 4 juin 1998.

- *Chestin (J.)*
- les liens de dol dans la formation du contrat et de l'obligation precontractuelle de renseignement, Cass, Civ., 3 eme Ch. 3 Fev, 1981, Dalloz, 1984.
- *Delvolve (J.L.)*
- Devoirs et responsabilité de l'avocat exécrant la fonction d'arbitre, Revue de L'arbitrage, Bulletin Comite Français de L'arbitrage, 1990.
- *De Laubadére (A.)*
- les contrats administratif, Tôme 2, L,G.D.j.édition,1956.
- *Durupty (M.)*
- Les enjeux pratiques et juridiques des téléprocédures,Colloque de l'administration électronique au service des citoyens",Université de Paris I,Sorbonne, Bruylant, 2003.
- *Dusaugey (V.)*
- Les échanges de données informatisés en 2001, en ligne: eur-lex.europa.eu/notice.do?mode=db1&long=fr&ihmlang=fr&ing1=fr,es&.....
- *Gavalda (C.) Lucas Leysac (C.)*
- l'arbitrage, Dalloz édition, paris, 1993.
- *Huet (J.), Valmachino (S.)*
- Réflexion sur l'arbitrage électronique le commerce intèrnational, Gazette du Palais édition, Doctrine, Paris, 2000.
- *Kessler (D.)*
- Le contrat administratif face à l'électronique : Peut-il exister un contrat administratif électronique, DESS Droit de l'internet - Administration - Entreprises, UNIVERSITE PARIS-I PANTHEON-SORBONNE,2002.
- *Laubadere (D.) ‹Claude Venezia (J.) ‹ Gaudemet (Y.)*
- Traité de droit administratif, Droit administratif général :Organisation et action de l'administration, La juridiction administrative , Tome 1 ,L.G.D.J., 1 édition,
- *Laurent(V.)*
- l'equilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative, BRUYLANT édition, 2005.
- *Paulsson (J.)*
- le tiers monde dans l' arbitrage commercial international ", Revue Critique de L'Arbitrage International, Bulletin Comite Français de L'arbitrage, 1983.

- *Richer (L.)*
  - Droits des contrats administratifs, L.G.D.J. 3 édition, Paris, 1999.
- *Robert (J.)*
  - l'arbitrage "droit interne, droit international privé", Dalloz édition, 1993.
- *Vedel (G.)*
  - Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel, Imprimerie nationale ,3 édition ,1964.
- *Vincent (J.)*
  - publicité de l'acte administrative, J.C. ADMI.-fascicule édition, 40-200.

(c) Les décrets

- Décret N° 2004 -15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publiques.
- Décret N° 2002 -692 du 30 avril 2002 pris en application du 1 et du 2 de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialsation des procédures de passation des marchés publics.
- Décret no 2001- 846 du 18 septembre 2001 pris en application du 3 de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électronique.
- Décret n° 2004-17 du 6 janvier 2004 modifiant certaines dispositions du code général des collectivités territoriales relatives au concours particulier créé au sein de la dotation générale de décentralisation au titre de l'établissement et de la mise en oeuvre des documents d'urbanisme

(D) Les directives:

- DIRECTIVE 2004/18/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.
- Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique,en ligne, http://eur-lex.europa.eu.

(E) Les lois:

- loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, enligne;

www.legifrance.gouv.fr/affichTexte
Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, en ligne ;http:// www. legifrance.gouv.fr

- loi n° 80-525 du ,12 juillet 1980,enligne; www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.

F) les textes :

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ,enligne : http://www. uncitral.org/ pdf/ french /texts /arbitration/ml-arb/ml-arb-f.pdf.,11.11.2010.

(G) Les codes

- Code Civil française

(2) References English:

(A) Special References:

- *A.Jasna*
- International commercial arbitration on the internet: Has the future come too early?, Journal of International arbitration, Vol 14, N0 3, september 1997.
- *A.Sultan*
- the United Nations arbitration convention and United States policy, online at, http://www.jstor.org/pss/2195752,12.12.2003
- *C.Celeste Creswell*
- Arbitration Clauses in Online Agreements, www.acm.org/ ubiquit/ views/ ccreswell1.html.2002. 20.3.2007.
- *D.Bernard, JR.Reams*
- The Law of electronic contracts, Lexis Nexis edition, Canada, 2002
- *E. Clark , G. Cho*
- Law and technology: what does the future hold for ADR?,online at ,www.iama.org.au/pdf/jlv20n03.pdf, 22/9/2008
- *E. Yuksel Armagan*
- Online International Arbitration, Ankara Law Review, http:// auhf. ankara.edu.tr/journals/alr-archive/ALR-2007-04-01/alr-2007-04 01 yuksel .pdf ,13.8.2008.
- *G.Kaufmann-Kohler, Th. Schultz*

- Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice, Kluwer Law International edition, 2004.
- *G.Kaufmann-Kohler*
- Globalization of Arbitral Procedure,Vanderbilt Journal Of Transnational Law [Vol. 36:1313],enligne, law .vanderbilt.edu/publications/journal-of...law/...4/download.aspx,12.12.2003.
- *H.M.Nasir*
- Can Online Arbitration Exist within the Traditional Arbitration Framework?, Journal of International Arbitration ،April 2003.
- *I. manevy*
- Online dispute resolution: what future?, on line at, http:// www.ombuds.org/ cyberweek2002/manevy_odr01.pdf , 23/9/2008
- *J.Paulsson*
- Arbitration unbound ,award detached from the law of its country of origin, the international and comparative law quarterly, Cambridge University Press edition, 1981,Vol 30.
- *K. Christopher, M. Foerster*
- legal obstacles to ADR in European Business to consumer (Electronic commerce), online at, http://www.odrnews.com/library.htm, 22.3. 2005.
- *L. Henderson*
- "Lord woolf and Information Technology", Information &communication Technology law Journal, Vol. 5, N°1,Mars,1996.
- *M. Geist*
- An examination of the allegations of systematic unfairness in the ICANN, UDRP, enligne, http://aix1.Uottawa.ca/geist/ geistudrp.pdf., 30.6.2006.
- *M. Jim, H. John*
- "ODR in US", http://www.mediate.com/articles/ecod ierl.cfm., 11.4.2005
- *N. De Witt*
- Online International Arbitration: Nine Issues Crucial To Its Success, The American Review Of International Arbitration edition,2004.
- *Ph.Gilliéron*
- From Face-To-Face To Screen-To-Screen Real Hope Or True Fallacy?, http:// works.bepress.com/cgi/viewcontent .cgi?article= 1000& context =philippe _gillieron , 15.9.2008

• *Th.Christian , K. Mogens*
- "Electronic Money", Danamarks National Bank Monetary Review, (1998),4th Quarter.
• *R.Hill*
- The theoretical basis of Mediation and other forms of ADR: Why they work, Arbitration international,Vol 14,No 2,1998.
• *R.Mark*
- Offshore tax and Law in Luxemburg, www.lawtax.net
• *S.James*
- The UK International Holding Company, www.Jordans.co.uk
• *T. Zisko, M. Maser*
- Dispute resolution in cyberspace, Journal of Internet Law, Vol 2, No 7 ,May 1999.

(B) The Acts:

• Electronic Communication Act 2000, http:// www. Opsi. gov. uk/ acts/ acts 2000/ 2000 0007. htm#1
• Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, http://en .wikipedia .org.,12.3.2009.
• U.S. federal law on electronic signature for the year 2000, online, www. ftc. gov,13.3.2008.
• The electronic cost calculator of the ICC, online at, http:// www. iccwbo.org/court/englishlcost_calculator/cost_calculator.asp,22.2.2009.
• E-Arbitration-T, Online Arbitration: What Technology can do for Arbitral Institutions, "http://e-arbitration-t.com", available online, http://people .brunel.ac.uk/~ csstade/eat/urbrun-2052-1/urbrun-2052-1.pdf, 20.1. 2003
• Règles d'application de l'UDRP, en ligne, http:// www. icann. org/ udrp .,22.7.2000.

(C) The Reports:

• European Central Bank (1998), "Report on Electronic Money", Frankfurt, Germany, August.

(D) The Directives:

- European Commission (1998), "Proposal for European Parliament and Council Directives on the taking up, the pursuit and the prudential supervision of the business of electronic money institution", Brussels, COM (98).
- Bank for International settlements (BIS), (1996), "Implication for central banks of the development of electronic money, Bassle.

(E) the texts:

- United Nation Conference on Trade and Development, Dispute Settlement, International Commercial Arbitration, 5.9 Electronic Arbitration, available online at, www. Unctadorg /en/docs/edmmisc 232-add20 en.pdf. 12 .4. 2004.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
	١٨٤

الموضوع	الصفحة






9 789776 253995

dar.elfker@hotmail.com

دار الفكر والقانون
المنصورة
ت : ٠٥٠/٢٢٣٦٢٨١ محمول : ٠١٠٠٦٠٥٧٧٦٨